EDIZIONE STRAORDINARIA

Conto corrente con la posta

Anno 82° — Numero 31-*octies*

GAZZETTA UFFICIALE DEL REGNO D'ITALIA

PARTE PRIMA

SI PUBBLICA TUTTI I GIORNI MENO I FESTIVI

ROMA Mercoledì, 5 febbraio 1941 - ANNO XIX

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE DELLE LEGGI — TELEFONI: 50-107 - 50-033 - 53-914

Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice civile "Delle obbligazioni".

CODICE CIVILE

LIBRO DELLE OBBLIGAZIONI

RELAZIONE

ALLA MAESTÀ DEL RE IMPERATORE

del Ministro Guardasigilli

(GRANDI)

presentata nell'udienza del 30 gennaio 1941-XIX

per l'approvazione del testo del Libro del Codice Civile

"DELLE OBBLIGAZIONI,,

SIRE,

Nel riferirVi sul libro del codice civile riguardante la proprietà, descrissi le trasformazioni che, nel campo dei rapporti patrimoniali, erano derivate dall'inserzione nel codice medesimo della Carta del lavoro e, in generale, dalla recezione dei principii dell'ordinamento corporativo.

Siffatte trasformazioni si rivelano con particolare evidenza nella disciplina del rapporto di obbligazione: riconosciuta all'iniziativa individuale la funzione di efficace e utile strumento della produzione, l'interesse singolo, che è immediatamente realizzato nel rapporto suddetto, deve essere considerato come concreto stimolo per l'attuazione dell'interesse generale; orientata l'iniziativa individuale verso uno spirito di solidarietà e di collaborazione, che deve dominare il naturale conflitto degli interessi privati, questi devono configurarsi come coordinati in un armonico e coerente sistema, nel quale tutti sono insieme regolati e protetti.

Il presente libro del codice civile, che mi onoro, Maestà, di sottoporre alla Vostra augusta sanzione, attua le direttive cennate, anzitutto inquadrando nel sistema delle fonti di diritto le norme corporative che garantiscono la costante aderenza dei diritti individuali alle esigenze dell'economia nazionale; in secondo luogo unificando sul piano corporativo, oltre che su quello tecnico, il regolamento giuridico delle obbligazioni civili e commerciali; infine accogliendo una serie di principii (autonomia della volontà privata, tutela della produzione, tutela del credito, dovere di correttezza e di buona fede, dovere di solidarietà corporativa) che pongono i diritti dei soggetti in un nesso organico con la vita economica ed etica della Nazione e li animano dello spirito nuovo di cui vive la società nazionale.

I.

1. — Le norme regolatrici delle obbligazioni

1. — L'inserzione delle norme corporative tra le fonti del diritto si è fatta nell'art. 1, primo comma, n. 2, del libro delle obbligazioni in coordinamento con l'art. 3 del libro del lavoro; il libro del lavoro però, nel suo titolo 1°, si occupa della materia più diffusamente.

Norme corporative sono, nella concezione del nuovo codice, così quelle provenienti dalle associazioni professionali che quelle emanate dagli organi corporativi dello Stato (art. 1, secondo comma, del libro delle obbligazioni; art. 4 del libro del lavoro); con la denominazione adottata, si coglie il contenuto e le finalità comuni alle norme stesse, le quali infatti, anche se promanano dagli organi professionali, svolgono ed attuano il principio corporativo, base fondamentale dell'ordine fascista.

2. — Riconoscendo il carattere di norme giuridiche a quelle formate da enti e da organi professionali in virtù del limitato potere loro conferito dallo Stato, si tronca una polemica ormai annosa. Il carattere medesimo corrisponde alla posizione che gli organi e gli enti ricordati assumono nell'ordinamento costituzionale fascista; corrisponde altresì alla sostanziale importanza che la dottrina politica della Rivoluzione fascista riconnette alle norme sindacali o corporative; è coerente al contenuto generale e astratto di queste, nonchè, per i contratti collettivi, alla vera natura del rapporto stabilito tra i singoli e le associazioni di categoria, che non è di rappresentanza (legale o volontaria) ma di supremazia.

La soluzione accolta non vulnera il principio, che l'ordinamento fascista proclama in modo energico, secondo cui tutta la produzione del diritto va riferita allo Stato, nè scardina la preminenza della legge in senso formale. L'origine del potere normativo degli organi corporativi e delle associazioni professionali, infatti, sta sempre nella volontà dello Stato, il quale consente che gli uni e le altre pongano norme nei limiti delle finalità che devono perseguire. Nè potrebbe essere altrimenti nello Stato fascista, che convoglia in unità tutte le forze della Nazione, e la cui volontà direttamente espressa nella legge, deve prevalere su quella di ogni altro soggetto.

3. — Così l'art. 1, secondo comma, al di sopra delle norme corporative pone quelle cogenti della legge; le altre norme di legge, di carattere dispositivo, se possono essere derogate dalla volontà privata, *a fortiori* possono essere superate nell'esplicazione della funzione normativa spettante agli organi corporativi e sindacali.

Devo avvertire che l'art. 1, secondo comma, nel fissare l'inderogabilità delle disposizioni imperative della legge, intende risolvere un conflitto tra norme che disciplinano una stessa materia; perciò accenna alla legge come fonte sovrana di

produzione del diritto, nel qual senso include anche i regolamenti governativi. Non ha riguardo invece ai regolamenti locali; in modo che, nel caso di interferenze tra questi e le norme corporative, devono applicarsi le disposizioni che fissano la competenza normativa rispettivamente degli enti locali, degli organi corporativi e delle associazioni professionali.

4. — La legge e le norme corporative prevalgono sugli usi (art. 2, primo comma).

Taluno ha contestato la possibilità di attribuire una qualsiasi efficacia normativa agli usi, in un ordinamento, come quello fascista, che proclama l'origine statuale del diritto.

La formazione spontanea delle norme giuridiche non implica però usurpazione, da parte di una massa amorfa, di un potere che è attributo della sovranità, in un sistema nel quale è lo Stato stesso che pone i limiti entro cui la consuetudine può valere. La formula mussoliniana « andare verso il popolo » non è solo un comandamento di ordine sociale o politico, ma ha uno squisito significato giuridico, nel senso che anche il diritto deve riconoscere le sane esigenze collettive, le quali si manifestano mediante le costumanze della generalità o di un gruppo. La legge esprime, nella singola ipotesi, la volontà di dare efficacia agli usi, o astenendosi dal dettare norme e rinviando a quelle stabilite dagli usi, o dettandone e conferendo nello stesso tempo prevalenza a quelle usuali eventualmente contrarie.

Gli usi restano di regola subordinati anche alle norme corporative: si vuole evitare che la formazione spontanea della norma possa turbare il concetto unitario degli interessi produttivi e le esigenze della vita nazionale. L'efficacia normativa dell'uso, deve, in sostanza, trovare anche un limite nella necessità di coordinare i diversi interessi economici; necessità alla quale non sempre obbedisce la forza viva della pratica popolare.

2. — L'unità del diritto delle obbligazioni.

5. — Come è rilevato nelle relazioni ai libri della proprietà e del lavoro, l'organizzazione di tutte le attività economiche secondo i principî corporativi ha fatto perdere all'ordinamento professionale dell'attività commerciale quel carattere speciale che aveva condotto a considerarne la disciplina con criteri di autonomia: uno stato professionale vi è, infatti, ormai in ogni zona produttiva, sia pure con le differenze determinate dalle particolarità di ciascuna di esse. Inoltre, sotto la spinta proficua e rinnovatrice della disciplina coordinata di tutti i fattori della produzione, voluta dal sistema corporativo, l'economia agraria, tradizionalmente riservata al diritto civile, ha potuto raggiungere un'organizzazione che ha spesso i caratteri dell'impresa industriale e commerciale: il buon padre di famiglia, come è stato esattamente rilevato, si presenta quale imprenditore nell'economia agricola non meno che in quella industriale o commerciale.

A parte che certe esigenze, già peculiari all'attività commerciale *lato sensu*, sono poi divenute comuni ad ogni attività economica, una difformità di regime tra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali si presentava in contrasto con l'unità dell'organizzazione economica, che l'ordinamento fascista ha realizzato ponendo i vari fattori della produzione in un quadro di collaborazione, di interdipendenza e di solidarietà. Dovendosi rispecchiare questa realtà nuova nel campo giuridico dei rapporti patrimoniali, la vecchia disputa sull'unità del diritto delle obbligazioni rimaneva certamente superata sul piano politico dei principii proclamati dalla Rivoluzione fascista. La tendenza all'unità fu perciò realizzata, e non per ragioni esclusivamente tecniche, come in passato si era sostenuto.

6. — Ai fini della prospettata disciplina unitaria apparve fondamentale il problema della posizione da assegnare agli usi.

A ben guardare, le differenze tra il codice civile del 1865 e quello di commercio non erano profonde. Rinvii speciali agli usi si riscontravano non solo nel primo (articoli 486, 437, 506, 1505, terzo comma), ma anche nel secondo (articoli 30, 36, primo e secondo comma, 67, primo comma, 69, 347, primo comma, 387, primo e terzo comma). Al rinvio generico dell'art. 1, primo comma, cod. comm. corrispondeva quello dell'art. 1124 cod. civ., di cui con argomenti non soddisfacenti si contrastava il riferimento ad usi normativi. Non si può negare però che l'art. 1 cod. comm. aveva una portata più vasta di quella dell'art. 1124 cod. civ., perchè questo si limitava ad apprestare una fonte giuridica suppletiva solo per i contratti, mentre il codice di commercio considerava tutta la materia delle obbligazioni; meglio, tutta la materia del commercio.

Unificata la disciplina delle obbligazioni commerciali e delle obbligazioni civili, l'art. 1, primo comma, cod. comm. veniva a perdere il suo oggetto; e comunque doveva ritenersi di contenuto troppo ampio per potere regolare in via generale la materia unitaria delle obbligazioni. Si preferì largheggiare in singoli richiami, nei casi in cui poteva essere necessario mantenere in costante aderenza alla realtà, spesso mutevole, il regolamento di un istituto. L'art. 1124 del codice civile del 1865 è stato riprodotto nell'art. 203, e l'art. 1135 nell'art. 169. Dalla formulazione di quest'ultimo articolo risulta chiaro che la volontà delle parti non è necessaria perchè le clausole si considerino inserite nel contratto, ma soltanto per escluderne l'efficacia.

7. — La dottrina e la pratica, *de iure condito*, avevano riconosciuto la virtù espansiva di alcune norme poste nel codice di commercio, che erano state quindi già applicate anche alla materia civile. Da tali risultati si è tratto il massimo profitto, come appare dalle disposizioni concernenti il termine essenziale (art. 86, secondo comma, e 296), le obbligazioni pecuniarie (articoli 108 e 109), e, per alcuni aspetti, la formazione del contratto (articoli 156 a 159; 163 e 164) e il mandato (art. 549 e seguenti).

Ma le norme del codice di commercio nacquero, nella vita rigogliosa e agile dell'attività mercantile, con tale duttilità che in gran parte poterono dimostrarsi adatte, *de iure condendo*, a soddisfare anche le nuove esigenze dell'economia nazionale; in modo che, l'uniformità del diritto delle obbligazioni, nelle zone in cui l'opera dell'interprete non era riuscita a raggiungere identità di regime, potè essere realizzata mercè la generalizzazione dei principii posti dalle leggi del commercio.

Il debito degli interessi (art. 112, primo comma) sorge, in via di massima, con la liquidità e l'esigibilità della prestazione principale, come era in virtù dell'art. 41 cod. comm.; le regole dell'anatocismo sono unificate sulla base della sola riserva degli usi (art. 113); il tasso civile è elevato al cinque per cento in conformità a quello già vigente in materia commerciale (art. 114, primo comma); nel caso di obbligazioni alternative in cui la scelta della prestazione è deferita al terzo, il contratto non diviene nullo per ciò solo che il terzo non fa la scelta (articoli 117, ultimo comma, e 178, primo comma), con che si generalizza il principio dell'art. 60, ultimo comma, cod. comm., il quale assicura la stabilità del contratto, contro ogni tentativo della parte resipiscente, mediante un più largo intervento del giudice nella nomina dell'arbitratore: il principio è applicato a proposito della determinazione del prezzo della

vendita (articoli 312, primo comma e 313, ultimo comma), in sostituzione della diversa disposizione delll'art. 1454, secondo comma, cod. civ. del 1865. Per le obbligazioni con pluralità di debitori si presume la solidarietà in estensione dell'art. 40, primo e secondo comma, cod. comm. (art. 124); la validità del contratto con se stesso è ammessa, in base alla direttiva segnata dall'art. 386 cod. comm. (articoli 224 e 575); l'opponibilità ai terzi delle modificazioni e dell'estinzione della procura è regolata con i criteri posti dall'art. 370, secondo comma, cod. comm. (art. 225); la scadenza del termine essenziale non toglie alla parte interessata la facoltà di domandare l'esecuzione del contratto, per il che è concesso un breve termine al fine di impedire incertezze di situazioni e manovre speculative (art. 296), rendendosi generale per tutti i contratti la norma dettata in tema di vendita nell'art. 69, primo comma, cod. comm.

Quello della vendita commerciale si è dimostrato, in verità, campo fertile di principii capaci di più vasta applicazione; infatti le norme concernenti la denuncia e l'accertamento dei difetti della cosa venduta (art. 352), il deposito di essa (art. 353), l'esecuzione coattiva (articoli 354 e 355) seguono le linee degli articoli 68 e 71 cod. comm., e quindi dominano ogni attività economica che ha per oggetto uno scambio, anche se non è qualificata dal fine di speculazione.

Ulteriore riflesso dell'unità del diritto delle obbligazioni si ha in alcune disposizioni concernenti il luogo di adempimento delle obbligazioni. La consuetudine commerciale era ormai generale nel senso che i debiti pecuniarii dovevano pagarsi al domicilio del creditore, e il nuovo codice riconosce le necessità alle quali l'uso del commercio obbediva, estendendone l'applicazione, sia pure con temperamenti, ad ogni debito di danaro (art. 12, terzo comma). L'organizzazione commerciale è impostata quasi sempre sul presupposto che la consegna della cosa venduta debba essere eseguita o nella sede dell'impresa o, se trattasi di cosa che debba trasportarsi da un luogo ad un altro, rimettendola al vettore o allo spedizioniere; questo presupposto domina l'art. 349, che limita perciò la portata della vecchia regola generale dell'art. 1468 cod. civ. del 1865.

L'uniformità di disciplina fu raggiunta anche in tema di vendita di cosa altrui, che si è potuta ritenere valida, come la considerava l'art. 59 cod. comm., data la facilità odierna degli scambi, per cui le parti rimangono indifferenti circa l'attuale appartenenza della cosa (art. 317): la conoscenza di questa alienità, se mai, può fare credere al compratore che il venditore si sia già assicurato l'acquisto della proprietà della cosa non propria. E' stato agevole pure sopprimere la distinzione tra materia di commercio e materia civile posta nell'art. 1905, primo comma, codice civile del 1865 circa il modo di apprezzare la solvibilità di un fideiussore (art. 783, primo comma); è rimasta con ciò abrogata la regola per la quale tale apprezzamento doveva farsi in base alla sola considerazione dei beni capaci d'ipoteca, regola che era un reliquato del vecchio preconcetto circa l'importanza maggiore del patrimonio immobiliare.

La presunzione di onerosità, che l'opera attiva della dottrina e della giurisprudenza aveva costituita come principio generale del diritto commerciale, risponde ai più sicuri dati dell'esperienza nella vita economica odierna. E si può considerare estesa a tutto il diritto delle obbligazioni in virtù della norma dell'art. 549 che richiede il patto speciale perchè il mandato possa ritenersi gratuito, in base all'art. 642 che ritiene di massima a titolo oneroso il sequestro convenzionale, e in forza dell'art. 655 che considera normale il mutuo ad interesse. Anche la presunzione di gratuità del deposito (articolo 607) cessa, se la qualità professionale del depositario o altre circostanze facciano desumere la volontà di ottenere un corrispettivo.

Il potere del giudice di concedere una dilazione (art. 1165, ultimo comma, cod. civ. del 1865), turbava la prontezza degli adempimenti, che è fondamentale in ogni ramo dell'economia; perciò si è soppresso, adeguando tutto il sistema delle obbligazioni alla norma dell'art. 42 cod. comm. L'abolizione del retratto litigioso (articoli 1546 a 1548 cod. civ.), già intervenuta nel campo delle obbligazioni commerciali, poteva senza danno estendersi a quello delle obbligazioni civili, dato che il nuovo clima delle relazioni giuridiche ne aveva ridotto l'applicazione a casi rarissimi e quasi mai meritevoli del trattamento della legge anastasiana: la litigiosità del credito ceduto dà luogo ad un'alea, e questa merita un adeguato compenso in una riduzione del prezzo della cessione.

Infine in alcuni casi, pur senza adottare soluzioni affermatesi nella sfera dei rapporti commerciali, si è posta nel dovuto rilievo l'esigenza di speditezza della vita economica, attenuando il rigore della disciplina del codice civile: così per la transazione, come si dirà più avanti (n. 243), si è prescritta la scrittura soltanto *ad probationem* (art. 807), salvo quando essa abbia per oggetto controversie relative a negozi formali, nel qual caso anche la trascrizione deve essere fatta per iscritto a pena di nullità (art. 179, n. 12).

3. — L'autonomia della volontà privata.

8. — Se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e seconda la logica che lo governa (art. 152).

In siffatto sistema di limiti, la regola dell'art. 1123, primo comma, cod. civ. del 1865, secondo cui il contratto è legge tra le parti, non può avere perduto il significato di affermare la giuridicità del rapporto convenzionale; per tale sua funzione e solo per questa, essa è stata riprodotta nell'art. 201, primo comma, in pieno collegamento con l'art. 3, di cui applica il principio secondo cui la volontà privata non può creare in modo indipendente effetti giuridici (cfr. anche art. 827). Questo principio è un primo vincolo al potere della volontà individuale, perchè ne afferma l'immanente e perenne soggezione al comando della legge. E se ne intende la necessità, in base alla considerazione che il riconoscimento della giuridicità si fonda sulla valutazione dell'utilità generale degli effetti che ne derivano; il compito di fare questa valutazione non può attribuirsi al singolo senza porre in pericolo l'uniformità a cui essa deve ispirarsi, senza cioè far luogo ad una relatività di giudizi che scompone disordinatamente gli scopi della pluralità organizzata.

La virtù obbligatoria del vincolo è riconnessa all'esistenza di un concreto interesse alla prestazione (art. 4), ed è escluso ogni arbitrio individuale nella determinazione dell'estensione soggettiva dei contratti. L'effetto di questi è limitato in via di massima alla sfera dei soggetti che contraggono (art. 201, secondo comma), perchè l'autonomia non può legittimare invasioni nella sfera dei diritti del terzo.

L'autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perse-

guire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 152, comma secondo). Ciò vuol dire che l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte.

Un controllo della corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificatamente disciplinati, perchè in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto: si tratterà allora, come dirò più avanti (n. 80), soltanto di indagare se per avventura la causa considerata, non esista in concreto o sia venuta meno. In ogni altro caso, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, deve rimanere fermo che il rapporto è suscettibile di valutazione da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico.

Vincoli si pongono col vietare che lo strumento contrattuale apprestato dalla legge possa essere utilizzato per un intento pratico che, in vista del suo carattere illecito, non può essere stato quello preso in considerazione dalla legge nella valutazione astratta del tipo regolato (articoli 173 e 174).

Limiti vengono pure segnati alla determinazione del contenuto del rapporto, perchè non risulti alterata la corrispondenza degli effetti giuridici alla funzione tipica del negozio, quale è valutata dalla legge. Le clausole, i prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge o da norme corporative si inseriscono automaticamente nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti (articoli 168 e 772, secondo comma); le parti non possono superare con patti che vi contrastino la forza cogente di norme imperative (articoli 152, primo comma, 772, primo comma), non possono rimuovere di loro arbitrio gli ostacoli che discendono da tali norme, nè, inversamente, erigere divieti con esse incompatibili o stabilire esoneri di responsabilità per le violazioni di cui le norme suddette siano state oggetto (articoli 59, secondo comma, 418, 520, secondo comma, 624, quarto comma); le parti stesse non possono dar vita a pattuizioni usurarie (articoli 283, 365, secondo comma, e 655, secondo comma), nè promettere prestazioni inique (art. 286) o, entro certi limiti, sproporzionate alle controprestazioni (art. 287).

4. — La tutela della produzione.

9. — Fin qui si è parlato dell'interesse generale indistinto, non specificato cioè da una particolare qualificazione.

In regime di autarchia, modo di essere essenziale e motivo conduttore dell'attività economica fascista, un regolamento dei rapporti individuali che elevi su ogni altra ragione l'interesse all'incremento della ricchezza nazionale, è l'apporto che il diritto deve recare alla realizzazione del postulato di una giustizia sociale, è la condizione necessaria per una progressiva rigenerazione dell'economia nazionale.

Un primo accenno alla tutela delle esigenze produttive si ha nell'art. 178, ultimo comma, a proposito della determinazione dell'oggetto contrattuale: se essa è deferita al terzo, questi deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento, uniformando a tali condizioni la determinazione della qualità e della quantità dell'oggetto stesso.

L'affermazione del dovere di esercitare il diritto subiettivo in modo che ne derivi incremento alla ricchezza nazionale e ne restino moltiplicati i frutti dei beni, è più energicamente fatta a proposito dell'affitto. Si chiarirà in seguito (n. 55) che l'affitto è un particolare tipo di locazione che ha per sua essenza il godimento di una cosa produttiva; ora, tra gli obblighi dell'affittuario si pone quello di uniformare la gestione della cosa affidata all'interesse superiore della produzione (art. 454). All'affittuario è inoltre consentito (art. 459) di prendere ogni iniziativa che incrementi il reddito della cosa compatibilmente con l'interesse del proprietario di non vedere aggravati i suoi obblighi e semprechè il maggiore sfruttamento della cosa non ridondi a danno dell'interesse generale della produzione; se l'affitto poi ha per oggetto un fondo rustico, l'affittuario può compiere quei miglioramenti che sono di sicura utilità per il fondo e per la produzione (articoli 471 e 490). Ognun vede che con queste norme si attribuisce all'affittuario il potere di trarre la massima utilità dalla cosa locata come stimolo per una sua attività diretta all'incremento della produzione; ma si contempera questo potere, conferito per fini di carattere collettivo, con l'interesse del proprietario a non subire oneri che finirebbero per ripercuotersi esclusivamente nella sua sfera. La proprietà implica certamente il dovere di utilizzare le cose in modo da recare benefici alla generalità. Sanzione di questo dovere può essere l'espropriazione del bene (art. 29, libro della proprietà); ma non si dovevano addossare al proprietario oneri connessi con un incremento di frutti, che dà vantaggio immediato solo all'affittuario.

Anche nella disciplina dell'anticresi ha dominato la considerazione dell'interesse della produzione. Il rapporto non può durare per un tempo superiore ai dieci anni (art. 802, secondo comma); non può avere una durata maggiore per evitare che la produttività del fondo possa soffrire dal lungo spossessamento che ne ha avuto il proprietario. Per quanta diligenza possa spiegare il creditore nella coltivazione, egli difficilmente vi presterà quella cura che potrebbe dedicarvi il proprietario.

5. — La tutela del credito.

10. — Alla tutela della produzione è però collegata la tutela del credito, che è presupposto di sviluppo dell'economia generale: il credito infatti stimola la produzione, incrementa gli scambi, rende fecondi quei capitali che, immobilizzati, non potrebbero rappresentarsi come reale ricchezza. Una concezione nuova ha pervaso la sua funzione con l'industrializzazione dell'economia; ed anche il credito reclama nuovi indirizzi legislativi.

Il codice Napoleone risentiva, con il suo favore verso il debitore, delle condizioni economiche e sociali del tempo in cui fu promulgato. Il popolo immiseriva, e il credito, che serviva alla soddisfazione dei più immediati bisogni dello stesso, era reso possibile dall'accumulo di capitali nelle mani di persone insensibili ad ogni voce di pietà, non di rado praticanti l'usura. In questo quadro sociale l'indebolimento della tutela creditoria poteva corrispondere a un'esigenza etica apprezzabile.

Il codice del 1865 sorse in mutate condizioni di ambiente; e, del resto ricollegandosi alla tradizione degli Statuti che aveva reagito contro l'eccessivo *favor debitoris* proclamato dal diritto canonico e dal diritto comune, potè lievemente recedere dalla tendenza umanitarista del codice Napoleone, che

scoraggiava la funzione creditizia; non ebbe però più che un'intuizione delle esigenze nuove, la cui realtà apparve solo nella successione dei tempi. Il codice di commercio del 1882, trovando industrializzata la vita economica, impose quei pronti e sicuri adempimenti che sono condizione di un'economia ordinata e feconda di progresso. Non si spostò con esso l'indirizzo di favore dalla persona del debitore a quella del creditore; ma si migliorò la tutela di quest'ultimo, equilibrando ogni esigenza allora degna di speciale considerazione.

Una maggiore intensificazione di siffatta tutela è attuata dal nuovo codice civile in corrispondenza alla nuova coscienza sociale, che vede nel credito una spinta possente della vita economica e dell'azione produttiva. Il credito, diffusosi il risparmio, è un dato di portata generale, che interessa ogni categoria di produttori; la sua difesa perciò è anche la difesa del risparmio.

11. — Alcune manifestazioni del proposito di migliorare la condizione del creditore sono, nel tempo stesso, espressione dell'indirizzo di unificazione del diritto delle obbligazioni civili e commerciali, e come tali sono state in precedenza poste in rilievo (n. 7): l'abolizione del potere del giudice di concedere dilazioni nelle ipotesi dell'art. 1165, ultimo comma, cod. civ.; la nuova disciplina del debito di interessi che eleva il frutto del capitale (art. 114, primo comma) e di questo riconosce la naturale fecondità (art. 112, primo comma); l'esclusione per il termine essenziale di ogni automatismo a danno del creditore (art. 296); la normale trasformazione in solidale di ogni obbligazione con pluralità di debitori (art. 124); l'ordinaria riduzione dei debiti pecuniari a debiti da pagarsi al domicilio del creditore (art. 12, terzo comma).

Il principio per cui si presume solidale l'obbligazione con pluralità di debitori ove il contrario non risulti dal titolo o dalla legge (art. 124), ha determinato la costruzione dell'obbligazione fideiussoria come obbligazione a carattere, in massima, pure solidale (art. 784, primo e secondo comma) e ha giustificato la natura solidale dell'obbligazione dell'espromittente e del debitore originario, di questi e dell'accollante, quando non vi è stata liberazione del debitore originario stesso (articoli 102, primo comma, e 103, ultimo comma). La regola dell'art. 40, primo e secondo comma, cod. comm. ha potuto prevalere su quella contraria dell'art. 1188, primo comma, cod. civ. del 1865 perchè si era manifestata più congrua alla realtà della vita: assai di frequente, là dove più debitori sono obbligati per un solo debito, essi sono legati intimamente da una comunione di interessi. Nel diritto romano poi, la regola della parziarietà sembra abbia guadagnato terreno via via che si accentuò il movimento di favore per il debitore; eppertanto non poteva essere mantenuta in un sistema come il fascista, che tende ad abbandonare ogni sentimentale pietismo verso chi assume un'obbligazione. Del resto, la presunzione di solidarietà non è stata portata ad estreme conseguenze; e si è anzi esclusa quando la comunione di interessi tra più debitori non si sarebbe potuta legittimamente supporre come normale. Così si è mantenuta salva la parziarietà del debito degli eredi (art. 125), e si è raffigurata come sussidiaria l'obbligazione del delegante nella delegazione cumulativa (articolo 98, secondo comma) e del cedente nella cessione del contratto (art. 247, secondo comma).

La riduzione di ogni debito pecuniario e debito da pagarsi al domicilio del creditore, se non è stato diversamente convenuto o il contrario non risulta dagli usi, dalla natura della prestazione o da altre circostanze, oltre ad eccitare l'iniziativa dell'adempimento, evita al creditore l'onere di andare a ricevere l'oggetto del debito, onere che è ancora più grave se i due soggetti del rapporto risiedano in città diverse. Alcuni temperamenti stabiliti per il caso in cui l'adempimento al domicilio del creditore renda più gravosa la condizione del debitore, fanno posto anche alla considerazione delle giuste necessità di quest'ultimo, delle quali il codice tiene pure il debito conto.

12. — Per rinvigorire il dovere di adempimento, si è fatto obbligo al debitore di risarcire, nei debiti pecuniari, il danno eccedente l'importo degli interessi (art. 54, secondo comma); si è ammessa la possibilità di capitalizzare gli interessi semestralmente anzichè annualmente (art. 113); si è comminata, nell'obbligazione alternativa, la decadenza del debitore dal diritto alla scelta, quando egli, condannato ad una delle due prestazioni, non adempie nel termine assegnatogli in sentenza (art. 117, primo comma); si è allargata la sfera entro cui operava la disposizione dell'art. 1165 cod. civ. del 1865, fino ad ammettere la risolubilità del mutuo per determinate inadempienze del mutuatario anche se non sia espressamente convenuta (articoli 659 e 660).

Adempiuta l'obbligazione, il creditore è protetto contro l'impugnativa del pagamento che si fondi sull'incapacità del debitore (art. 21); non può prevalere l'interesse che pone l'ordine giuridico a che gli atti dell'incapace siano compiuti con le formalità preordinate dalle leggi, di fronte al fatto che il debito esisteva e che il pagamento corrispondeva alla prestazione dovuta. Per le stesse ragioni, se il pagamento è destinato ad avere immediata efficacia traslativa e il debitore ha consegnato cose altrui, si dà al creditore di buona fede una protezione più larga di quella che gli era concessa da l'articolo 1240 cod. civ. del 1865, vietando la ripetizione in ogni caso, e non soltanto quando, come prescriveva il citato articolo 1240, secondo comma, era stato consegnato danaro o cosa consumabile e la cosa oggetto del pagamento era stata consumata (art. 22).

La risoluzione di diritto di un contratto non adempiuto si fa derivare dall'inutile esito di una monizione che il creditore può indirizzare al debitore inadempiente (art. 293); si esclude poi che la clausola risolutiva espressa produca lo scioglimento automatico del contratto se il creditore non ha interesse a farla valere (art. 295, secondo comma). In seguito (n. 129) tali disposizioni saranno esaminate nelle loro linee essenziali; qui si sono soltanto richiamate come ulteriore applicazione del principio di tutela del creditore, a cui il libro delle obbligazioni intende fare il massimo omaggio. Con il regolamento adottato il creditore ha il vantaggio di evitare le lungaggini di un'ordinaria azione giudiziaria e ottiene l'effetto di conseguire la prestazione nonostante la clausola risolutiva, se egli ritiene ancora utile esigere la prestazione nonostante la severa sanzione inserita nel contratto a carico dell'inadempiente.

6. — Il dovere di correttezza e di buona fede.

13. — Il libro delle obbligazioni, pur considerando preminente la posizione del creditore, ha ritenuto, nell'art. 5, di imporgli un dovere di correttezza, e di parificarne, da tal riflesso, la situazione a quella fatta al debitore: il debitore, per il medesimo art. 5, è infatti tenuto a identico contegno.

La correttezza è uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati. Ma la correttezza che impone l'art. 5 citato non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principii di solidarietà corporativa a cui il libro delle obbligazioni, nell'articolo richiamato, espressamente intende rinviare. Questo dovere di soli-

darietà nasce e deve nascere, nell'odierno clima, dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione ne risulta vietato (art. 24 libro della proprietà), ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali. Il conflitto tra contrastanti interessi individuali rimane risolto sul terreno di un preciso adeguatamente reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dottrina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile.

Quale sia in concreto il contenuto di questo dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto; e così quando incide, ad esempio, nell'orbita di rapporti professionali è ovvio che la sua nozione si precisa alla stregua degli usi relativi all'attività alla quale si deve aver riguardo nell'ipotesi specifica.

14. — Dopo aver posto la correttezza quale dovere giuridico generale, reclamato, come l'altro generale di prudenza (art. 882), dall'esigenza di un'ordinata convivenza sociale, il libro delle obbligazioni impone anche il dovere di buona fede (in senso oggettivo) con riferimento ai soggetti di un rapporto contrattuale e per esigere da essi, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo del comando che forma il contenuto del rapporto, all'armonia dei rispettivi interessi e di quelli superiori della Nazione, che esigono una pacifica collaborazione produttiva.

Alla buona fede, il libro delle obbligazioni fa capo molto di frequente.

Vi ricorre imponendo a ciascuna delle parti di usarla nel corso delle trattative e durante la formazione del contratto (art. 167, primo comma), in particolare obbligando ciascuna parte a comunicare all'altra l'esistenza di cause di invalidità di cui avesse o dovrebbe avere notizia (articoli 167, secondo comma e 227); la tiene presente quando prescrive l'approvazione specifica e per iscritto della clausola c. d. surrettizie dei moduli e dei formulari dei contratti e delle condizioni generali del contratto (articoli 170 e 171). Prima ancora che sia eseguito, e nel presupposto della sua osservanza, la buona fede serve di guida all'interpretazione del contratto rivolta a chiarire il comune intento pratico delle parti (art. 195) e costituisce il criterio alla cui stregua deve essere apprezzata la rilevanza dell'errore quale motivo determinante il consenso (art. 268 n. 2). La buona fede governa l'esecuzione del contratto (art. 204); e anche quando non sia più in questione l'adempimento ma la risoluzione per inadempienza, la buona fede continua a regolare il comportamento della parte fedele, sia nel senso di subordinare la domanda di risoluzione all'importanza dell'inadempienza (art. 294), sia come limite dell'*exceptio inadimpleti contractus* (art. 299) e della clausola *solve et repete* (art. 301).

Altra ipotesi in cui il nuovo codice impone un simile dovere di condotta si riscontra nell'esercizio del potere di impugnazione di atti o di negozi giuridici: l'offerta di modificare il contratto in modo da purgarne l'anomalia impedisce l'annullamento per errore (art. 271), la rescissione per lesione (art. 289) e la risoluzione per eccessiva onerosità (art. 306, ultimo comma).

7. — Il dovere di solidarietà corporativa.

15. — Si è accennato alla solidarietà corporativa a proposito del dovere di correttezza e di buona fede. In realtà, però, l'obbligo di operare secondo i principii della collaborazione ha più ampio contenuto.

Si suol parlare di solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà tra i fattori della produzione; ma la solidarietà tra singoli interessi individuali è un'ulteriore conseguenza della concezione unitaria della Nazione, consacrata nella dichiarazione I della Carta del lavoro. L'interesse privato, in una legge di coordinamento e di collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, si anima delle ragioni della generalità, conciliandosi con l'interesse degli altri soggetti. Da ciò l'assunzione, nel rapporto obbligatorio, di un contenuto di solidarietà, che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente.

Trasferito tale concetto di solidarietà nell'ambito delle obbligazioni, si affievolisce nel rapporto medesimo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore. Devono considerarsi anche come sanzioni del dovere di solidarietà la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo (articolo 286) o in stato di bisogno (art. 287), e la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità (art. 306). Più genericamente deve notarsi che il libro delle obbligazioni assoggetta il contratto ai principii di solidarietà, orientando l'interpretazione secondo le esigenze e i fini dell'ordine corporativo (art. 200, ultimo comma); inoltre, nei casi in cui funzionava l'individualistico *favor debitoris* (art. 1137 codice del 1865), ponendo una regola di interpretazione che mira a realizzare il contemperamento degli interessi delle parti quando il contratto è a titolo oneroso (art. 200, primo comma). Lo stesso concetto di solidarietà consolida, come sarà rilevato (n. 262), il fondamento dell'azione generale di arricchimento, che è concessa nel caso in cui sia intervenuto uno spostamento patrimoniale non giustificato da ragioni suscettibili di tutela legale (art. 880).

Le conseguenze giuridiche del dovere di solidarietà si scorgono più chiare a proposito della disciplina dei fatti illeciti. Deve a tal proposito richiamarsi anzitutto la disposizione dell'art. 897, secondo comma, sulla quale si ritornerà più avanti (n. 272). Deve inoltre notarsi che il nuovo codice assegna al giudice il potere di moderare il risarcimento se il danno è stato prodotto in stato di necessità (art. 884), e ammette la risarcibilità del danno prodotto da persona incapace di intendere o di volere qualora, avuto riguardo alle condizioni economiche delle parti, il danneggiato non ha potuto ottenere il risarcimento dalla persona tenuta alla sorveglianza dell'incapace (art. 886). Su queste due ultime ipotesi è d'uopo insistere per rilevare che nella prima di esse si costituisce, in sostanza, un dovere del soggetto di contribuire, con il sacrificio parziale proprio, alla salvezza altrui, se questa non si possa altrimenti conseguire; mentre nella seconda si fa gravare, in tutto o in parte, sul patrimonio dell'incapace, il danno che questi ha prodotto a un terzo, quando potrebbe apparire iniquo, date le condizioni economiche del danneggiato e del danneggiante, che il primo sopporti integralmente l'effetto patrimoniale del fatto commesso dal secondo. Nell'una e nell'altra ipotesi si prevede la trasferibilità dell'incidenza del danno da una sfera a un'altra, indice evidente di un dovere di mutua comprensione da parte dei consociati. Ora questo dovere può essere posto perchè l'ordinamento corporativo non isola l'interesse del singolo, distaccandolo dalla vita di rela-

zione, ma mette l'utilità generale nel crogiuolo che fonde ogni egoismo, per comporne viva materia di sano equilibrio, di armonia e di coordinazione per gli interessi di tutti.

8. — La tutela dell'affidamento.

16. — L'obbligo di correttezza e di buona fede, derivando dal principio di collaborazione su cui è costruito l'ordine fascista, deve presumersi osservato da tutti, per quel senso di disciplina cui deve informarsi l'azione di coloro che compongono l'organismo nazionale. Ogni soggetto, pertanto, crea in colui con il quale viene in rapporti giuridici l'affidamento di avere operato nel rispetto dell'obbligo medesimo; per il che egli determina legittime aspettative. Queste devono essere tutelate anche quando non siano fondate sulla volontà reale di colui che le ha create, perchè egli è responsabile di avere operato in modo da far ritenere voluto ciò che in realtà non lo era.

Tale indirizzo conferisce sicurezza ai rapporti giuridici perchè fonda solidamente la loro esistenza e il loro contenuto. Ad esso, come si considererà più avanti (n. 29), si può ormai ricollegare la difesa che il debitore ottiene quando esegue il pagamento al creditore apparente (art. 19, primo comma), e, in ispecie, al possessore del titolo di credito (articoli 832, secondo comma, 845, terzo comma); ma è particolarmente nel trattamento delle dichiarazioni contrattuali che si scorge la tendenza del libro delle obbligazioni verso la tutela dell'affidamento.

17. — La concezione individualistica che il liberalismo mutuò dalla dottrina del diritto naturale portò nel campo dell'autonomia privata il mito di una libertà virtualmente sconfinata dell'individuo, e indusse a considerare il contratto come una manifestazione di volontà individuale, la cui sostanza venne ravvisata nella volontà reale, e il cui effetto venne commisurato prevalentemente alla stregua di questa. Il dogma della volontà che, pur nelle sue più o meno sensibili attenuazioni dovute a indeclinabili esigenze pratiche, era un coerente postulato giuridico dell'individualismo politico, poneva come regola il principio che nessuno possa restare impegnato se non nel senso e nella misura in cui l'abbia voluto; dal che si traeva il duplice corollario che l'interpretazione del contratto dovesse servire solo ad accertare la volontà effettiva, e che i vizi di questa dovessero necessariamente determinare l'inefficacia del rapporto, senza riguardo alle altrui aspettative, alla certezza e alla stabilità dei rapporti giuridici.

Nel clima politico del Fascismo, ripudiata la concezione individualistica, rafforzati i vincoli di solidarietà che stringono il singolo al complesso nazionale, imposto ai consociati più rigidi doveri di disciplina, e ricondotta la loro azione sotto il dominio di una più rigorosa responsabilità, è chiaro che anche i postulati e le conseguenze della concezione liberalistica debbano cadere, per far posto a principii che più aderiscano alla mutata situazione politica. Il legislatore non deve certo prendere partito per una dottrina dogmatico-giuridica anzichè per un'altra, non essendo suo compito enunciare teorie ma comporre conflitti d'interessi e regolare rapporti della vita; egli però, senza disconoscere il valore dell'elemento volitivo dei contratti, può dare di regola, in caso di conflitto, la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza di stabilità dei rapporti giuridici, ove, beninteso, l'affidamento si fondi sulla buona fede consapevole del destinatario dell'atto di volontà.

La stessa dogmatica giuridica, nel suo processo scientifico di autocritica, aveva dovuto riconoscere che il problema della divergenza tra volontà e dichiarazione non poteva trovare la sua soluzione nell'incondizionata prevalenza dell'una sull'altra, ma doveva adagiarsi su una soluzione intermedia che ponesse come criterio fondamentale la responsabilità del dichiarante ovvero l'affidamento del destinatario della dichiarazione o un'armonica fusione dei due elementi. Il travaglio della dottrina aveva cioè dimostrato che le soluzioni estreme abbisognavano di correttivi. Tali correttivi, ispirati alle finalità che il legislatore fascista intendeva perseguire, apprestarono, al nuovo codice, criterio regolatore per l'interpretazione dei contratti e per la disciplina dei vizi del consenso e della simulazione.

18. — La questione della disciplina legislativa dell'interpretazione si pone in modo differente per i contratti e per i testamenti. Nei testamenti, la cui esistenza giuridica dipende dalla sola volontà del testatore, il reale intendimento del dichiarante può prevalere sull'improprietà delle espressioni usate (art. 171, primo comma, libro delle successioni); nei contratti invece, in cui sono di fronte più parti, il significato delle rispettive dichiarazioni deve essere chiarito non nel senso che sacrifichi un interesse individuale ad un altro, ma in un senso oggettivo, che componga l'eventuale conflitto tra le opposte volontà e ricerchi quale interesse sia più degno di protezione e sia quindi meritevole di prevalere.

Nei contratti la direttiva su cui deve orientarsi un'interpretazione intesa a tenere il debito conto dell'elemento oggettivo al quale si è accennato non può essere l'intento individuale di ciascuna parte nè esclusivamente il senso letterale delle parole usate (come nel sistema del formalismo), ma il comune intento pratico delle parti contraenti (art. 191, primo comma). E pertanto si tratta di vedere con quale strumento e secondo quale criterio debba essere ricostruito e determinato questo comune intento.

Orbene, sembra che lo strumento più attendibile sia costituito, nella cornice delle circostanze, dall'intero comportamento reciprocamente tenuto dai contraenti (art. 191, secondo comma), mentre il criterio oggettivo, di carattere deontologico, che deve servire di guida all'interpretazione del giudice, è quello stesso che governa il comportamento delle parti: il criterio della buona fede nell'orbita dell'ordinamento corporativo. Alle proposte e alle dichiarazioni di ciascuna parte si dovrà attribuire non già il significato soggettivo in cui esse vennero, di fatto, intese dalla medesima o dalla controparte secondo una sua accidentale impressione, ma il significato oggettivo in cui la parte accettante poteva e doveva ragionevolmente intenderle secondo le regole della buona fede; significato questo, che è il solo normalmente riconoscibile e sul quale pertanto l'accettante deve poter fare sicuro assegnamento. Solo così il legittimo affidamento fondato sul comune significato delle dichiarazioni trova nell'interpretazione una tutela efficace. E ciò contribuisce in pari tempo a educare nelle parti il senso della responsabilità, giacchè il criterio oggettivo dell'interpretazione le sprona a formulare con chiarezza le proposte e le clausole contrattuali cui hanno interesse.

19. — L'esigenza di valutare le dichiarazioni contrattuali ad una stregua oggettiva, opera, nel trattamento dei vizi del consenso e in quello della simulazione, tanto in modo da circoscrivere nettamente le cause che espongono la validità del contratto al pericolo di venir meno, quanto nel senso di precisare i requisiti dell'errore idoneo a viziare il consenso contrattuale in armonia con la tutela dell'affidamento, cui si ispira la nuova disciplina dell'interpretazione.

Nel primo senso si è riconosciuto che i vizi del consenso, e anche l'errore incidente sulla dichiarazione, non inducono mai nullità, ma solo annullabilità del contratto (articoli 266

e 272); la quale soluzione ha l'apprezzabile vantaggio di conservare sotto la tutela del diritto rapporti posti in essere in modo non regolare, sempre che la parte interessata sia disposta ad accontentarsene rinunciando all'impugnativa (articolo 283), ovvero sempre che la controparte offra di rettificare le condizioni del contratto e di darvi esecuzione (art. 271). In tema di simulazione si è esclusa l'opponibilità di essa ai terzi estranei alla conclusione del contratto, e cioè agli acquirenti di buona fede (art. 254, primo comma), e ai creditori del titolare apparente che hanno in buona fede iniziato atti di esecuzione sui beni che formano oggetto del contratto simulato (art. 255, primo comma). Siffatta esclusione, mentre fa salve le legittime aspettative fondate sull'atto simulato, richiama le parti alla responsabilità delle conseguenze e alle ripercussioni del rapporto a cui hanno dato vita. Si tutela l'aspettativa; e così i creditori del simulato alienante sono protetti di fronte ai creditori del simulato acquirente, che, per avere diritti sorti posteriormente alla data dell'atto simulato, non possono avere contato sulla garanzia data dai beni, oggetto dell'atto medesimo, come invece vi hanno contato i creditori del simulato alienante (art. 255, secondo comma).

Nel secondo senso accennato si è richiesto quale presupposto perchè l'errore possa essere giuridicamente rilevante come vizio del consenso contrattuale, anzitutto (articoli 267 e 268) che esso abbia carattere essenziale, cioè sia motivo oggettivamente determinante il consenso, in conformità alle concezioni dominanti della coscienza generale e al comune apprezzamento della materia in questione; e inoltre (articoli 267 e 270) che, per le circostanze in cui si è prodotto, esso sia riconoscibile dall'altra parte, cioè che questa sia in grado di poterlo rilevare con la normale attenzione. La rilevanza dell'errore va dunque apprezzata parimenti alla stregua della buona fede contrattuale (art. 268, n. 2), su di che sarà fatto particolare discorso a proposito dell'annullabilità del contratto (n. 119).

E' sempre la buona fede poi che garantisce la validità del contratto concluso dal rappresentante quando egli è in conflitto di interessi con il rappresentato; soltanto se il conflitto è riconoscibile (*a fortiori* se è conosciuto) il contratto può essere annullato (art. 223). Sulla base dell'affidamento è pure disciplinata l'opponibilità ai terzi della revoca o delle modificazioni della procura: se esse non sono conosciute dai terzi o non sono portate a loro conoscenza, non possono farsi valere dal rappresentante (art. 225, primo comma).

II.

9. — La sistemazione della materia e i criteri della presente relazione.

20. — Questi concetti di carattere generale sono stati realizzati in uno schema tanto organico per quanto poteva essere consentito dalle esigenze della tecnica legislativa.

Nella parte generale delle obbligazioni il codice del 1865 inseriva le disposizioni generali sui contratti e quelle relative alle fonti delle obbligazioni non contrattuali (c. d. quasi-contratti, delitti e quasi-delitti), rinviando a una parte separata solo la disciplina dei singoli contratti. Si è dato diverso ordine alla materia, non solo per evitare un profondo distacco dal sistema ormai tradizionale alla nostra scuola giuridica, ma anche perchè l'ordine adottato dal codice anteriore non avrebbe permesso di organizzare in unità le disposizioni comuni a tutte le obbligazioni, e avrebbe distaccato la disciplina generale dei contratti da quella particolare a ciascun tipo nominato. Perciò, nel primo titolo si sono poste le norme comuni alle obbligazioni, nel secondo titolo si sono collocate le disposizioni generali sui contratti, nel terzo si sono dettate le regole particolari a ogni tipo di contratto; infine le norme relative alle promesse unilaterali, ai titoli di credito, alla gestione di affari, al pagamento dell'indebito, all'arricchimento senza causa e ai fatti illeciti formano argomento dei titoli successivi. Tale sistemazione ha consentito di generalizzare alcune disposizioni già contenute nella parte speciale del precedente codice, le quali in realtà applicavano principii generali e sono state ora perciò trasferite o nella parte generale delle obbligazioni o in quella dei contratti.

Oltre che modificazioni sostanziali di singole disposizioni, l'unificata disciplina del diritto civile e del diritto commerciale doveva produrre una sistemazione unitaria delle due materie. Per ragione di connessione con la materia della rappresentanza è stata collocata nella parte generale delle obbligazioni quella relativa agli institori e ai procuratori; nella parte speciale dei contratti furono poi sistemate le norme concernenti la vendita con riserva di proprietà, la vendita su documenti, la vendita a termine dei titoli di credito, il riporto, il contratto estimatorio, la somministrazione, il trasporto, la commissione, la spedizione, il contratto di agenzia, la mediazione, il deposito in albergo, il deposito nei magazzini generali, il conto corrente, i contratti bancari, l'assicurazione. Il raggruppamento dei contratti bancari in unico capo, se ha turbato il criterio di sistemazione dei contratti basato sulla causa, senza riguardo alle persone dei soggetti, ha evitato l'inconveniente di una disciplina frammentaria della materia. Del resto tornava difficile inquadrare in base alla diversità delle singole cause le disposizioni concernenti le operazioni in conto corrente, comuni a un complesso di rapporti variamente caratterizzati.

21. — Non si è considerata (art. 3) la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, che non ha mai potuto giustificarsi nè dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, nè dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato. I cosiddetti quasi-contratti e quasi-delitti non sono istituti giuridici simili ai contratti e ai delitti; sono fatti di natura varia che la legge considera quali fonti di obbligazioni, e che, appunto per la loro diversità, non sono suscettibili di classificazione. In particolare poi, per i quasi-delitti, la circostanza che l'obbligato non abbia cooperato materialmente alla produzione dell'evento appare un estremo irrilevante ai fini di una loro classificazione separata dai fatti illeciti, posto che l'evoluzione della dottrina della responsabilità ha messo in luce che anche la responsabilità indiretta deriva, di regola, da un comportamento (omissione) di chi è tenuto al risarcimento, e al quale, sotto particolari aspetti, potrebbe ugualmente ricondursi la produzione dell'evento lesivo.

Il libro delle obbligazioni poi non contiene la disciplina del sequestro giudiziario, che è sembrato istituto meramente processuale, più propriamente sistemabile nel codice di procedura civile; non comprende nemmeno la materia delle prove, quella del pegno e l'altra dei rapporti tra conduttore e aggiudicatario dell'immobile locato, che si sono riservate al libro della tutela dei diritti; non regola la materia dei contratti di lavoro, di locazione d'opera, di mezzadria, di colonia parziaria, di soccida, di società e di associazione in partecipazione, che forma il nucleo del libro del lavoro.

22. — A questo punto della mia esposizione dovrei riferire su tutte le innovazioni di carattere tecnico-giuridico recate alle corrispondenti parti del codice civile del 1865 e del codice di commercio: innovazioni formali, perchè vennero precisati

concetti, venne migliorata la formulazione di alcuni precetti e meglio ordinata la disciplina di taluni istituti, anche mediante fusione di articoli e di disposizioni; innovazioni sostanziali, perchè, diagnosticati alcuni difetti della legge, si cercò di ovviarli mediante modifiche, interessanti talvolta anche la struttura giuridica degli istituti.

All'analitico riferimento delle singole innovazioni preferisco la descrizione per grandi linee delle più importanti innovazioni introdotte, per aver modo di fare l'illustrazione organica del regolamento adottato, ed evitare la dispersione del suo contenuto in tanti rivoli quanti sono gli articoli modificati.

III.

10. — Il concetto di obbligazione.

23. — Si è rinunciato a precisare il concetto di obbligazione. L'argomento è schiettamente dogmatico; e, se la legge l'avesse affrontato, mentre non avrebbe sedato il grave dissidio esistente in dottrina, avrebbe esorbitato dal campo normativo entro cui deve strettamente mantenersi.

Il nuovo codice, nel precipuo proposito di dare elementi per la configurazione pratica del rapporto obbligatorio, ha preferito piuttosto di precisare il concetto della prestazione, nella quale si concreta l'oggetto dell'obbligazione. Lo ha delineato nell'art. 4, ponendo come sue caratteristiche la patrimonialità e la corrispondenza ad un interesse anche morale del creditore (cfr. anche art. 250, primo comma). Dopo ciò si dovrà ritenere che non vi è obbligazione quando il contenuto del correlativo dovere non abbia i caratteri della prestazione secondo l'art. 4.

Si noti che nell'art. 4 si distingue l'interesse alla prestazione dalla prestazione medesima.

L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perchè il diritto mira a realizzare e a tutelare anche le più alte idealità; basta che esso includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante della coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto. La prestazione deve invece essere suscettibile di valutazione economica; senza di che non si potrebbe attuare la coazione giuridica predisposta dal diritto nel caso di inadempimento. La possibilità di valutazione economica si ha non soltanto se la prestazione abba un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale. Da ciò la necessità di valutare la pecuniarietà della prestazione considerando il rapporto nel suo complesso.

24. — L'art. 4 ha l'ulteriore funzione di precisare che l'obbligazione deve essere considerata come figura giuridica distinta da quegli altri obblighi i quali, per quanto diano luogo ad azione, tuttavia non hanno contenuto patrimoniale diretto o di riflesso, come è ad esempio, di alcuni obblighi posti dalla legge in relazione a taluni rapporti di diritto familiare.

Nell'art. 4 medesimo si rinvengono, infine, gli estremi per la separazione di quei doveri che vivono nel campo giuridico, dagli altri che costituiscono la sfera della vita morale e sociale e da cui non evadono o perchè rispondono a bisogni universali meno sentiti o perchè il valore e il motivo della loro esistenza consiste nella spontaneità del loro adempimento. Nell'art. 873 i doveri morali e sociali vengono contrapposti all'obbligazione in quanto ai primi si riconosce solo l'effetto di considerare irripetibile ciò che sia stato prestato in osservanza di essi da persone capaci. Lo stesso trattamento dei doveri morali e sociali è fatto a tutti quegli altri doveri a cui la legge dichiara di non accordare azione ma rispetto ai quali esclude la ripetizione di ciò che sia stato spontaneamente pagato (ad esempio, art. 173 del libro delle successioni; art. 773 del libro delle obbligazioni; art. 299 del libro della tutela dei diritti). Non è compito del legislatore stabilire se queste due categorie di doveri non coercibili abbiano lo stesso contenuto etico o si differenzino tra loro; il codice le ha raggruppate sotto l'unica denominazione di obbligazioni naturali esclusivamente perchè ha dato ad entrambe un unico regolamento. Questa comune disciplina consiste nel negare la ripetizione di ciò che sia stato spontaneamente pagato in base ai doveri medesimi, e nello stabilire che essi non possono produrre altri effetti giuridici oltre quello della *soluti retentio*: si tornerà in argomento a proposito del giuoco e della scommessa (n. 225) e della ripetizione dell'indebito (n. 260).

11. — La diligenza del buon padre di famiglia.

25. — Quale caposaldo della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni rimane la misura di diligenza riferita al tipo classico del buon padre di famiglia (art. 6): nell'art. 608, primo comma, è stato abbandonato il criterio della diligenza *quam in suis*, applicata nel deposito dall'art. 1843, cod. civ. del 1865, perchè esso non dava alla responsabilità del debitore una base certa, come la dà la diligenza in astratto, e poteva anche spingere verso una responsabilità più rigorosa.

La diligenza del buon padre di famiglia, come è noto, è una di quelle formule elaborate dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il loro contenuto dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale, e che, per la loro adattabilità alle situazioni di fatto, rispondono in modo eccellente ai bisogni vari della vita di relazione. La figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di « uomo medio », ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. E' il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico. Oggi il buon padre di famiglia è, in conformità della dottrina fascista, il cittadino o il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità.

Il criterio della diligenza, richiamato in via generale nell'art. 6 come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sè quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicchè non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione. Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo, nel secondo comma dell'art. 6, è chiarito, a titolo di esemplificazione legislativa, che, trattandosi di obbligazioni inerenti alla organizzazione o all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata; per questo, inoltre, per quanto sia apparso superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1224 cod. civ., è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o con maggiore rigore.

Il minor rigore, oltre che a proposito dell'erede beneficiato (art. 36 del libro delle successioni), del donante (art. 336

del libro delle successioni), e del terzo acquirente dell'immobile ipotecato (art. 222, primo comma, del libro della tutela dei diritti), per i quali la responsabilità sorge solo come effetto della colpa grave, si applica nei confronti del mandatario gratuito (art. 550, primo comma del libro delle obbligazioni), del depositario gratuito (art. 608, secondo comma, del libro delle obbligazioni), del gestore d'affari (art. 869, secondo comma, del libro delle obbligazioni), e del prestatore d'opera intellettuale (art. 172 del libro del lavoro), per i quali la diligenza normale deve essere valutata meno rigorosamente, anche se non si arriva ad escludere del tutto la responsabilità per colpa lieve. Ma il minor rigore può essere anche stabilito convenzionalmente: l'ammette l'art. 59, sempre che il patto relativo non importi esonero o limitazione della responsabilità per dolo o per colpa grave, e con l'ulteriore esclusione dei casi in cui l'obbligazione è stabilita da norme di ordine pubblico.

12. — La disciplina dell'adempimento delle obbligazioni.

26. — La possibilità di adempimento da parte del terzo è stata prevista (art. 10) senza distinguere tra terzo interessato e terzo non interessato, come faceva l'art. 1238 del codice civile abrogato.

La distinzione serviva, per il codice stesso, anzitutto ad esigere, nel secondo caso, che il terzo agisse in nome e per la liberazione del debitore. Che però il terzo debba necessariamente aver l'animo di liberare il debitore, si desume dalla natura del pagamento; questo implica sempre *animus solvendi*, e l'*animus solvendi*, com'è naturale, deve esistere, perchè si abbia pagamento, non solo quando *solvens* sia il terzo non interessato, ma anche quando sia *solvens* un terzo interessato o lo stesso debitore. La distinzione, da questo aspetto, non aveva quindi ragion d'essere.

Essa poi aveva dato luogo a gravi dubbi, perchè, riferendosi al caso in cui il terzo non interessato pagava in nome proprio, il suddetto art. 1238 richiedeva, quale condizione di legittimazione alla *solutio*, che il terzo non sottentrasse nei diritti del creditore. Questa determinazione è apparsa ad alcuni in contrasto con i principii della surrogazione convenzionale, ad altri assolutamente inutile; in modo che nemmeno da questo secondo aspetto la distinzione tra terzo interessato e terzo non interessato poteva accogliersi.

Dei divieti di adempimento ad opera del terzo posti dal codice del 1865 è rimasto quindi soltanto quello dell'art. 1239, riferibile alla prestazione che per sua natura deve essere eseguita solo dal debitore. L'art. 1239 però si riportava esclusivamente alle obbligazioni di fare, mentre anche per le prestazioni di dare si può profilare l'interesse del creditore, per lo meno in concreto, ad evitare mutamenti nella persona del *solvens;* pertanto l'art. 1239 andava generalizzato, in modo da comprendere qualsiasi prestazione.

Si è aggiunto però, con il secondo comma dell'art. 10, il diritto del creditore di rifiutare l'adempimento del terzo quando il debitore ha preventivamente manifestata la sua opposizione.

27. — Nel sistema dell'art. 12 la determinazione del luogo di adempimento è affidata, in massima, alla convenzione o agli usi. Suppletivamente deve farsi capo alla natura della prestazione, o ad altre circostanze similmente obiettive (domicilio del venditore o sede della sua impresa per la consegna della cosa venduta: art. 349, primo comma; luogo della custodia per la restituzione della cosa depositata: art. 614, primo comma; sede dell'imprenditore nel caso di contratto di lavoro subordinato). Se nemmeno a tali criteri suppletivi si può far ricorso, valgono quelli legali degli ultimi tre commi del predetto art. 12, che fissa nel domicilio del debitore il luogo di adempimento della prestazione, eccezion fatta per due soli casi: consegna di cosa certa e determinata, pagamento di somma di danaro. Vale per l'ipotesi compresa nella prima eccezione il luogo in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione sorse, sempre che (come aggiunge l'art. 349, primo comma) esso fosse noto alle parti; per le obbligazioni pecuniarie si è già rilevato (n. 7) che l'adempimento deve avvenire nel domicilio che il creditore ha al momento della scadenza, salvo che ciò renda più onerosa la prestazione del debitore, a causa del mutamento di domicilio del creditore.

Norma particolare in tema di vendita è poi che il pagamento del prezzo, in mancanza di convenzione o di usi, deve essere eseguito nel luogo della consegna della cosa: si ritorna alla regola del domicilio del creditore (venditore) nel solo caso in cui il pagamento è differito oltre il tempo della consegna (art. 337, secondo e terzo comma), rimanendo naturalmente salvo il diritto del debitore di pagare al proprio domicilio nell'ipotesi in cui ciò è consentito dall'art. 12.

28. — La fissazione di un termine per l'adempimento dell'obbligazione può essere fatta dall'autorità giudiziaria non soltanto nei casi classici dell'art. 1173 cod. civ. del 1865, ma anche quando ciò è richiesto dagli usi (art. 13, primo comma) o se il termine è rimesso alla volontà del creditore.

E' stato concesso il potere di esigere la prestazione prima della scadenza quando il termine è stabilito esclusivamente a favore del creditore (art. 15, primo comma); se il pagamento è avvenuto *contra ius* prima del termine, ferma l'irripetibilità del capitale, il debitore può chiedere ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato (art. 15, secondo comma). La critica fatta alla disposizione dell'art. 1174 cod. civ. del 1865, in quanto negava la ripetizione del pagamento eseguito innanzi tempo, ha potuto essere superata per la ragione che, in definitiva, il creditore, per quanto riceva anticipatamente, non riceve che il suo. Si è risolta poi in senso favorevole la questione concernente la prestazione dell'*interusurium* nel caso in cui il pagamento anticipato è stato fatto per errore, essendosi considerato che in tal caso si ha un'ipotesi di indebito arricchimento del creditore a danno del debitore.

Le regole generali sul computo dei termini sono fissate, in via suppletiva, nell'art. 17, mediante l'estensione delle norme poste negli articoli 14 cod. pen., 180 cod. proc. pen., 155 cod. proc. civ., 41 legge cambiaria. Il tempo si computa a giorni interi, considerati come unità indivisibili, e non ad ore; perciò, fermo che non si deve calcolare il giorno in cui il termine ha inizio, la scadenza si verifica non alla stessa ora del giorno finale (computazione naturale di esattezza matematica), ma al compimento di questo (computazione civile prolungativa). Il termine espresso in mesi (o anche in ore) si computa da data a data, *ex nominatione*, non *ex numeratione dierum;* il sistema eccezionalmente adottato dal codice civile del 1865 a proposito di prescrizione, fondato sulla numerazione dei giorni necessari a comporre il mese, è stato abrogato anche in quel campo (art. 322 del libro della tutela dei diritti). Il giorno festivo non è calcolato soltanto se cade nell'ultimo giorno del termine; ma si sono richiamati gli usi eventualmente diversi, sorti specialmente per le scadenze in fiera.

29. — Tra le persone legittimate a ricevere il pagamento, l'art. 18 pone colui che è stato indicato dal creditore quale destinatario materiale della prestazione (indicazione attiva). Il codice distingue l'indicato dal rappresentante, e perciò implicitamente designa il primo come operante in nome proprio; il rapporto interno tra *accipiens* e indicante non deve interessare il *solvens*, in modo che il pagamento che questi fa al primo è pienamente liberatorio.

E' liberatorio anche il pagamento fatto in buona fede al creditore apparente, che l'art. 19 designa come colui che appare legittimato a ricevere la *solutio* in base a circostanze univoche. Con tale formula elastica il nuovo codice evita l'impropria dizione dell'art. 1242 del codice anteriore, che considerava creditore apparente chi era nel possesso del credito; e la evita ritenendo creditore apparente chi si trova in una situazione di fatto implicante esercizio effettivo del diritto, tale da suscitare affidamento di una reale appartenenza del diritto stesso. Qui è utile ripetere che l'affidamento non deve derivare da apprezzamenti soggettivi, cioè, dal modo come il debitore ha potuto intendere il contegno di colui al quale egli ha pagato; deve aversi riguardo invece alla valutazione che di detto contegno avrebbe potuto ragionevolmente farsi in base a considerazioni obiettive (n. 18). Dovranno perciò valere soltanto circostanze che possano rappresentarsi come univoche; lo stato soggettivo del debitore dovrà ricercarsi solo ai fini di scorgere se egli abbia agito in buona fede, cioè se egli ignorava che il diritto di credito apparteneva in effetti a persona diversa da colui al quale egli pagava. Questa buona fede, costitutiva dell'effetto giuridico della liberazione, deve essere provata dal debitore che la allega, in applicazione dell'analogo principio dell'art. 79 del libro delle successioni, dettato per i terzi che abbiano contrattato con l'erede apparente.

30. — Il debitore non può impugnare il pagamento fatto con cose altrui, perchè è tenuto a garantire il creditore per ciò che ha consegnato. Ma se egli offre una nuova prestazione idonea, praticamente attua la garanzia dovuta; non vi è perciò più ragione allora per impedirgli di chiedere la restituzione della cosa consegnata, e di ovviare così alla sua responsabilità verso il proprietario della stessa. In questi sensi è l'art. 22, primo comma, il quale non fa alcuna differenza tra caso in cui il debitore sia di buona fede e caso in cui il debitore sia di mala fede per il già indicato motivo che, con la nuova prestazione, il creditore riceve ugualmente il suo, e non può avere interesse ad opporre la mala fede del solvente.

Ha invece rilevanza distinguere talvolta tra creditore di buona o di mala fede, per delimitare i casi in cui l'*accipiens* può insorgere contro il pagamento fattogli con cosa che non era del debitore. Se il creditore, all'atto della *solutio*, aveva notizia dell'alienità della cosa prestata, non può reagire contro il pagamento, implicitamente accettato a proprio rischio e pericolo. Se di buona fede, il creditore può invece impugnare il pagamento eseguito a suo favore (art. 22, secondo comma); egli ha interesse di prevenire la molestia e l'evizione, senza attendere l'azione del terzo contro di lui. Solo in qualche caso per quanto in buona fede, il creditore può non avere alcun interesse all'impugnazione: così è quando l'effetto traslativo del pagamento si verifica comunque in virtù del principio « possesso vale titolo » (art. 341 del libro della proprietà).

Inoltre, all'infuori dell'ipotesi considerata, talvolta sembra iniquo ammettere l'azione del proprietario contro l'accipiente; se questi fu di buona fede, e pure di buona fede alienò o consumò la cosa datagli, la situazione creata dalla *solutio*, diretta e idonea al trasferimento della proprietà, deve considerarsi consolidata anche di fronte al proprietario della cosa. Ciò era ingiustamente contestato da coloro i quali ritenevano che l'art. 1240, secondo comma, cod. civ. del 1865 (che riceve nell'art. 22, terzo comma, una più ampia sfera di applicazione) concernesse solo i rapporti tra solvente e accipiente.

31. — Se il creditore consente a una *datio in solutum*, l'obbligazione si estingue quando la prestazione è eseguita (articolo 27, primo comma).

La *datio in solutum* è considerata come negozio che produce effetto estintivo al momento in cui viene eseguita la prestazione promessa. Da ciò una duplice conseguenza: là dove si creano solo effetti obbligatori, si ha piuttosto l'indice di una volontà diretta a novare, non ad adempiere e, nei casi, poi, in cui ha per oggetto il trasferimento di un diritto, la *datio* si perfeziona quando il trasferimento si opera.

L'art. 28 esclude però che il perfezionamento della *datio* importi sempre un'immediata estinzione dell'obbligo. La dazione di un credito si presume fatta *pro solvendo*, e quindi, se le parti non hanno manifestato una diversa volontà, l'estinzione del debito si produce con la riscossione del credito ceduto.

In considerazione della sua natura di negozio traslativo oneroso, si sono estesi alla *datio in solutum* i principii della vendita concernenti l'evizione e i vizi della cosa, già ritenuti applicabili ad ogni negozio traslativo a titolo oneroso (articolo 27, secondo comma).

L'azione di garanzia è concessa in via alternativa con quella diretta a far valere il diritto di credito. Questo diritto sopravvive alla dazione quando essa non ha prodotto l'effetto patrimoniale al quale era diretta; viceversa la dazione estingue le garanzie prestate da terzi (art. 27, terzo comma), la posizione dei quali risulterebbe aggravata se la loro responsabilità dovesse durare quanto quella del debitore.

32. — Si è attribuito al debitore il diritto alla quietanza (art. 29, primo comma) dato che le spese del pagamento sono a carico di lui (art. 26); se il creditore non restituisce il titolo, deve apporvi l'annotazione dell'avvenuto pagamento (art. 29, primo comma), per effetto della quale risulta garantito che il documento probatorio del debito non sarà mai usato a danno del debitore che ha pagato.

A seguito del pagamento, il creditore deve pure consentire la liberazione dei beni dalle garanzie reali date per il credito, e da ogni altro vincolo (ad esempio, pignoramento immobiliare) che limiti la disponibilità dei beni stessi (articoli 30 e 38, ultimo comma).

33. — Il subingresso convenzionale del terzo che paga o del terzo mutuante è stato mantenuto come forma di surrogazione (art. 31 e 32).

Il nuovo codice tuttavia applica alla surrogazione (e non soltanto a quella convenzionale) un principio tratto dalla disciplina della cessione, per fissare la situazione del pegno dato a garanzia del debito che è oggetto della surrogazione; il rinvio (art. 34, secondo comma) alle regole del secondo comma dell'art. 93 risolve un'importante questione che si dibatteva, specialmente con riferimento alla surrogazione legale. Si stabilisce cioè che la cosa ricevuta in pegno non possa essere consegnata al creditore surrogante senza il consenso di colui che l'ha data. L'*intuitus personae* che ha determinato la consegna del pegno al primo creditore, non può essere eliminato dalla volontà della legge (nella surrogazione legale) e, peggio ancora, dalla volontà del creditore surrogante (nella surrogazione per volere di quest'ultimo); non sempre il secondo creditore merita la stessa fiducia che ispirò il creditore originario. All'inconveniente che si opponeva, secondo cui il ri

fiuto del costituente a consentire il trasferimento del pegno al nuovo creditore o a un terzo avrebbe potuto impedire la surrogazione, rimedia il citato art. 93, secondo comma: il pegno rimane nella custodia del primo creditore, qualora esista dissenso sulla persona alla quale dovrebbe trasferirsi. La persona del custode rimane immutata, per quanto da creditore si trasformi in terzo detentore del pegno.

13. — La mora del creditore e del debitore.

34. — Il creditore incorre in mora quando, indipendentemente da ogni sua colpa, non riceve il pagamento legalmente offertogli ovvero omette di compiere gli atti preparatori relativi (art. 36).

L'offerta legale non è però necessariamente un'offerta formale, come nel sistema del codice del 1865. Mantenuta l'offerta solenne (art. 38), si sono infatti riconosciute conseguenze giuridiche all'offerta eseguita secondo gli usi (art. 44). Tuttavia, mentre l'offerta solenne fa sorgere la mora del creditore dal giorno in cui è fatta (art. 37, terzo comma) e soltanto la liberazione è rinviata al momento del deposito (art. 40, secondo comma), l'offerta secondo gli usi produce immediatamente la sola conseguenza di evitare la mora del debitore (art. 50), e rinvia al tempo del deposito la costituzione in mora del creditore (art. 44); sicchè il debitore ricorrerà all'offerta secondo gli usi quando non avrà interesse a vedere anticipata la *mora credendi*. Si intende il perchè della postergazione della mora del creditore nel caso di offerta non solenne: la mora medesima provoca effetti giuridici di tali gravità (art. 37, primo e secondo comma), che la determinazione del tempo a cui essa deve rimontare non può affidarsi alle incertezze di una malfida prova testimoniale, come sarebbe avvenuto se anche l'offerta secondo gli usi fosse stata in tutto parificata all'offerta solenne. Il sistema del nuovo codice in tal modo si fonda su basi di certezza probatoria: la mora del creditore presuppone, o l'atto formale dell'offerta, o l'atto formale del deposito se l'offerta non fu solenne.

Questo nei casi in cui l'offerta deve farsi per esibizione; e cioè se il debito ha per oggetto danaro, titoli di credito o cose mobili da portarsi (art. 39, primo comma). Quando è invece dovuta una cosa mobile da chiedere al debitore (art. 39, secondo comma), o un immobile (art. 46), o una prestazione di fare (art. 47), l'offerta deve eseguirsi per intimazione: in forma solenne se ha per oggètto un immobile (art. 46, primo comma), anche secondo gli usi negli altri casi (articoli 44 e 47, secondo comma). Non potendosi allora distinguere la fase dell'offerta da quella del deposito, la mora del creditore ha inizio dalla data dell'intimazione, se questa, naturalmente, non è seguita dall'attività del creditore diretta a rendere possibile l'adempimento e se è stata dichiarata valida con sentenza passata in giudicato (art. 37, terzo comma).

35. — La mora del debitore consegue all'intimazione o alla richiesta fatta per iscritto (art. 49). La necessità della intimazione è esclusa per le obbligazioni a termine, se la prestazione deve portarsi al creditore (art. 49, secondo comma, n. 3). La prestazione che deve chiedersi al debitore reca invece in sè l'esigenza di una interpellazione; se questa non avviene, la mora non può verificarsi.

Non occorre la richiesta nemmeno per le obbligazioni da delitto (art. 49, secondo comma, n. 1), nè per quelle che il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere adempiere (articolo 49, secondo comma, n. 2). La prima esclusione viene dal diritto romano, ed è stata sempre presa in considerazione dalla pratica e dalla scienza; la seconda si giustifica considerando che è inutile rivolgere richiesta a chi ha già preventivamente dichiarato di non volervi aderire.

36. — La mora del creditore e quella del debitore mantengono la tipica differenziazione di presupposti e di effetti, che era nello spirito e nella lettera del codice del 1865.

La *mora accipiendi* deriva da un ostacolo per l'adempimento, ricollegato al creditore e prescindente da una colpa di lui (articoli 38 e 50); la *mora debendi* ha origine da un ritardo di cui il debitore debba rispondere secondo i principii dell'inadempimento che saranno più avanti illustrati (n. 37).

La *mora accipiendi* pone a carico del creditore l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 37, primo comma e, in applicazione, articolo 512); non sono più dovuti gli interessi nè i frutti della cosa, salvo che il debitore li abbia effettivamente percepiti (art. 37, primo comma); il creditore deve sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta (art. 37, secondo comma). La *mora debendi* pone a carico del debitore il rischio dell'impossibilità della prestazione, se egli non dimostri che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore (art. 51, primo comma); la perdita o lo smarrimento di una cosa illecitamente sottratta, comunque avvenuta, non libera chi l'ha sottratta dall'obbligo di restituirne il valore (art. 51, secondo comma).

Mora accipiendi e *mora debendi* hanno comune l'effetto del risarcimento del danno (art. 37, secondo comma, e articolo 48); ma la mora del debitore riacquista autonomia nel caso di obbligazioni pecuniarie, per il principio di massima secondo cui i danni in tal caso consistono nel pagamento degli interessi (art. 54, primo comma). Un maggior danno può essere risarcito (ad esempio, differenza di cambio nei debiti di moneta estera); ma solo quando non vi è convenzione sulla misura degli interessi moratori, perchè, se esiste tale convenzione, deve presumersi che le parti hanno inteso liquidare preventivamente ogni conseguenza patrimoniale dell'inadempimento (art. 54, secondo comma).

Si può parlare ancora di interessi moratori non ostante l'accoglimento del principio secondo cui gli interessi decorrono di diritto in ogni caso di credito esigibile (art. 112, primo comma); e infatti, a seguito della mora, la prestazione di interessi assume il carattere di compenso per il ritardo, e non per l'uso legittimo del danaro, come è nell'essenza della corrispettività. Non si tratta di un semplice mutamento di terminologia, perchè è possibile che l'interesse moratorio sia superiore a quello (corrispettivo) decorrente per il solo fatto dell'esigibilità del credito (art. 54, primo comma), e perchè è possibile, per legge o per convenzione, che gli interessi decorrano solo dopo la mora.

La figura degli interessi compensativi i quali prescindono dalla mora del debitore (interessi moratori) ed anche dalla semplice scadenza del debito (interessi corrispettivi) appare in taluni casi specificatamente menzionata (articoli 338, 655, 665).

14. — L'esonero del debitore dalla responsabilità.

37. — Il debitore è esonerato dall'obbligo di risarcire il danno prodotto da inadempimento o da ritardo, se prova che l'uno o l'altro sono stati determinati da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (articolo 48).

La formulazione adottata vuol precisare il principio che il codice del 1865 esprimeva negli articoli 1225 e 1226; nel primo di questi era considerata esoneratrice della responsabilità per inadempimento o per ritardo la causa estranea non imputabile al debitore, nel secondo si identificava tale causa col caso fortuito o con la forza maggiore.

E' noto che le norme ora citate diedero luogo, nella loro applicazione, a gravi dissensi dottrinali, non ancora del tutto sopiti; per quanto, nella più recente dottrina e soprattutto

nella giurisprudenza, abbia finito per prevalere la tendenza che trova la sua consacrazione nell'art. 48 di questo libro.

Ad un primo ordine di difficoltà dava luogo l'interpretazione dell'art. 1225 in quanto appunto subordinava l'efficacia liberatoria da responsabilità all'estraneità della causa da cui fosse dipeso l'inadempimento o il ritardo: una corrente dottrinale particolarmente rigorosa intendeva per causa estranea la causa che provenisse da una sfera esterna alla persona e all'economia del debitore; ma questa interpretazione lasciava perplessi, in ispecie di fronte ai casi in cui, trattandosi di obbligazioni infungibili di fare, l'adempimento risultasse impossibile per la morte del debitore o per il venir meno di quelle sue attitudini fisiche o intellettuali che costituivano un necessario presupposto dell'attività posta in obbligazione. Parve in sostanza, ai più, che il legislatore avesse voluto riferirsi all'*id quod plerumque accidit*, essendo certo più frequente, se non addirittura normale, la fungibilità del *facere* necessario per l'esecuzione della prestazione; ma che con ciò non dovesse ritenersi esclusa la rilevanza anche degli impedimenti personali del debitore, ogni qualvolta, per la natura della prestazione, tali impedimenti reagissero direttamente sulla possibilità di quest'ultima.

Ora, l'art. 48, logicamente connesso all'art. 86 che disciplina l'estinguersi dell'obbligazione per impossibilità sopravveniente della prestazione, subordinando l'esonero da responsabilità alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sè e per sè considerata. Di guisa che non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta; mentre, d'altra parte, anche gli impedimenti che si verifichino nella persona o nell'economia del debitore dovranno avere rilievo quando incidano sulla prestazione considerata in sè e per sè, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti.

D'altra parte è pure noto che a gravissime discussioni diedero luogo i concetti di caso fortuito e di forza maggiore, cui faceva riferimento l'art. 1226; e che la più recente tendenza della dottrina era nel senso di identificare quel concetto con l'assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipendesse l'inadempimento o il ritardo. Per questo, nell'art. 48, a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore: la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perchè il debitore inadempiente sia esente da responsabilità.

La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarsi da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che in qualche caso potrà anche essere di per sè sufficiente. Quando ricorra ciascuno dei casi ricordati si dovrà vedere tenendo conto delle circostanze, in relazione alla natura del rapporto o della prestazione che ne forma l'oggetto. Così, in generale, nei rapporti la cui disciplina si è riconnessa al *receptum*, se ci si trovi di fronte al perimento o al deterioramento della cosa, il debitore sarà tenuto a dare la prova specifica dell'evento produttivo del danno (articoli 532, 624 e 627); per converso, in altri casi, risulta esclusa la necessità di prova, ed è sufficiente quella della diligenza del debitore nel custodire la cosa (articoli 608, 645, con particolari modalità, 647). Nell'art. 520, primo comma, si richiede infine che il debitore dimostri soltanto di avere adottato le misure atte ad evitare il danno; questa disposizione trova riscontro, in campo diverso, nella disciplina della responsabilità per attività che hanno connaturale la pericolosità (articoli 889 e 893 primo comma), rispetto alle quali importa conoscere esclusivamente la concreta possibilità di evitare la lesione della sfera altrui. Contenuto della prova liberatoria dalla responsabilità non può essere, in tali casi, se non la dimostrazione dell'adempimento del dovere di impedire che, dall'esercizio dell'attività stessa, derivi danno per altri. La diligenza del soggetto deve essere, nelle ipotesi in parola, valutata con rigore, perchè chi esercita attività pericolose ha la possibilità di prevedere l'evento dannoso ed è nella condizione più favorevole per adottare ogni misura possibile di cautela.

15. — La liquidazione del danno per inadempimento.

38. — La liquidazione del danno derivante da violazione dei doveri inerenti a un rapporto giuridico specifico, anche secondo il nuovo codice deve essere fatta tenendo conto del lucro cessante e del danno emergente, in quanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo (art. 53); quindi saranno esclusi dal risarcimento i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 57, secondo comma). Sono dovuti però soltanto i danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione; ma se l'inadempimento è derivato dal dolo del debitore, devono risarcirsi anche i danni imprevedibili (art. 55).

Questi sono principii tradizionali, concordemente affermati; si è invece sempre discusso se, nel caso di concorso di colpa del creditore nella produzione del danno, sia dovuto l'intero risarcimento o se l'importo del danno debba ridursi proporzionalmente. La dottrina e la giurisprudenza formatasi sul codice civile del 1865, traendo ispirazione anche da singole disposizioni positive (art. 1868 cod. civ. sostituito dall'art. 12, ultimo comma, del r. d. 12 ottobre 1919, n. 2099, sulla responsabilità degli albergatori, e art. 662 del cod. comm. nel testo sostituito con la legge 14 giugno 1925, n. 938, in materia di urto di navi), sul riflesso che tra fatto e danno deve correre un nesso di causalità e che, se concorrono più cause poste in essere da soggetti diversi, questi, nei rapporti interni, rispondono in proporzione del grado di colpa efficiente ascrivibile a ciascuno, aveva affermato che, quando uno dei soggetti in colpa efficiente fosse lo stesso danneggiato, la responsabilità del danneggiante veniva ridotta in proporzione dell'efficienza della colpa del danneggiato. Il libro delle obbligazioni ha consacrato questa interpretazione nell'art. 57, primo comma, ove non si è detto che il dolo o la colpa grave del danneggiante assorba, togliendole ogni efficienza, la colpa lieve del danneggiato; ma, con una formola elastica, si è permesso al giudice di giungere, secondo le circostanze, anche a tale risultato.

Il creditore deve provare l'esistenza e l'ammontare del danno. Quanto all'ammontare, in relazione alle varie situazioni che in pratica possono verificarsi, la difficoltà di una prova specifica del danno di cui è sicura l'esistenza è superabile dal giudice con una valutazione concreta equitativa (art. 56) ovvero con una valutazione-limite, entro la quale, egli può rimetterne la determinazione alla coscienza del creditore mediante il giuramento suppletorio (art. 93, n. 2, libro della tutela dei diritti).

16. — L'estinzione delle obbligazioni.

39. — La novazione si è liberata, nella disciplina del nuovo codice, dalla confusa promiscuità in cui era stata posta, da quello del 1865, la doppia sua configurazione obiettiva e subiettiva.

Il concetto di novazione obiettiva ne è rimasto precisato, per essersi chiarito quale deve essere il contenuto dell'*aliquid novi* da cui si desume l'esistenza di una nuova obbligazione: occorre che muti l'oggetto o il titolo giuridico (art. 60, primo comma) e non è sufficiente che si modifichino le modalità accessorie della precedente obbligazione (art. 61). Il presupposto della liberazione dell'antico debitore, inerente alla novazione subiettiva, non è peraltro esclusivo di questa, potendo aderire ad altre figure negoziali che, pur contemplando la liberazione del precedente debitore, non producono l'estinzione del precedente rapporto di debito (n. 50). Una disciplina autonoma riceve perciò soltanto la novazione oggettiva; quella soggettiva invece viene sottoposta alle stesse norme dettate per i casi cui la delegazione, l'espromissione e l'accollo implicano liberazione del debitore originario (art. 65). Le ragioni di tale uniformità di disciplina saranno espresse più innanzi (n. 50), quando saranno illustrate le norme a cui l'articolo 65 rimanda.

Di particolare, per la novazione obiettiva, rispetto al sistema del codice del 1865, v'è soltanto la disciplina della reazione dei vizi dell'obbligazione novata sul nuovo rapporto obbligatorio. La nullità dell'obbligazione originaria rende nullo, perchè senza causa, anche il nuovo rapporto (art. 64, primo comma); l'annullabilità dell'obbligazione novata non reagisce invece sulla validità della nuova obbligazione se il debitore ha assunto il nuovo debito, conoscendo i vizi di quello originario (art. 64, secondo comma).

40. — La remissione è considerata atto unilaterale. Tuttavia la volontà del debitore non è senza effetto perchè, pur non essendo elemento di perfezione del negozio remissorio, può impedire che questo produca le sue conseguenze giuridiche se il debitore dichiara di non volerne profittare (art. 66).

Al pari di ogni dichiarazione recettizia, la remissione si perfeziona con la sua comunicazione alla persona cui è diretta; ma, a provare la liberazione, basta la restituzione del titolo (art. 67, primo comma) e cioè una consegna a carattere definitivo del documento.

Tale volontaria consegna non assume un significato remissorio inconfutabile se ha per oggetto, non già il documento originale del credito, ma la copia esecutiva del titolo redatto in forma pubblica (art. 67, secondo comma).

41. — Nelle linee accolte, la compensazione funziona con un rispetto del requisito dell'omogeneità della prestazione, maggiore di quello che aveva il codice del 1865; infatti, si è soppressa la possibilità di compensare con danaro le prestazioni di grani e di derrate (art. 1287, secondo comma, cod. civ. del 1865).

Si è poi reso omaggio all'autonomia delle parti ammettendo che esse possano derogare preventivamente alle regole della compensazione legale o giudiziale (articoli 76, n. 4 e 82, secondo comma); derogabilità questa ovviamente governata dai principii cui l'autonomia privata è soggetta nel fine di rispettare le esigenze di ordine pubblico o d'interesse sociale, in modo che un divieto di compensazione stabilito dalla legge per ragioni trascendenti il puro interesse del singolo, non può essere superato dal patto privato.

La compensazione ha effetto fin dal giorno della coesistenza dei due debiti (art. 72, primo comma); ma tuttavia opera solo per volontà delle parti, e così deve sempre eccepirsi, mentre il giudice non può rilevarla d'ufficio.

42. — In materia di confusione, il codice del 1865 disponeva che la riunione nella persona del fideiussore della qualità di debitore principale non è mai causa di estinzione dell'obbligazione principale (art. 1297, secondo comma). Invece, le posizioni di fideiussore e di debitore principale sono di massima incompatibili, perchè nessuno può essere garante di sè stesso. Talvolta però la coesistenza delle due qualità è possibile: come, ad esempio, quando il fideiussore ha accettato l'eredità del debitore con beneficio d'inventario, nel caso di nullità dell'obbligazione principale per incapacità legale del debitore (art. 779), e nel caso in cui esistono garanzie speciali. Così essendo, si può parlare di sopravvivenza della fideiussione soltanto se questa è suscettibile di produrre propri effetti giuridici non ostante sia identica la persona del debitore e quella del fideiussore; e cioè quando il creditore ha interesse alla sopravvivenza della fideiussione (art. 84, secondo comma).

Del principio generale che la confusione non opera in pregiudizio dei terzi si è fatta una concreta applicazione a proposito dei diritti di usufrutto o di pegno spettanti a terzi sul credito estinto, che rimangono salvi non ostante la confusione verificatasi tra le parti (art. 85).

43. — L'impossibilità oggettiva di adempimento è prevista come modo di estinzione dell'obbligazione per una più corretta e meno angusta considerazione di quel fenomeno giuridico che il codice del 1865 identificava nel perimento della cosa dovuta (art. 1298, primo e secondo comma). In realtà, con tale identificazione si aveva riguardo alle sole obbligazioni di dare; e la dottrina, per comprendere nella disciplina pure le obbligazioni di fare, aveva dovuto intendere in senso largamente estensivo il concetto di perdita della cosa.

L'impossibilità che produce l'estinzione dell'obbligazione è quella stessa che esonera il debitore dalla responsabilità per danni (art. 86, primo comma, in relazione all'art. 48): impossibilità che incida sulla prestazione, che derivi da un fatto non imputabile al debitore e che abbia carattere definitivo. E' impossibilità estintiva anche lo smarrimento, naturalmente incolpevole, se l'obbligazione ha per oggetto una cosa determinata (art. 87, primo comma).

L'impossibilità temporanea, essendo superabile con il decorso del tempo, più propriamente concerne il problema della responsabilità del debitore per ritardo anzichè quello dell'estinzione dell'obbligazione. Concerne quest'ultimo problema solo quando perdura oltre quei limiti, superati i quali può ritenersi che il creditore non abbia interesse alla medesima o che il debitore non possa più ritenersi obbligato ad eseguirla (art. 86, secondo comma). Così, l'impossibilità temporanea estingue l'obbligazione non solo nel caso di termine essenziale, ma, anche indipendentemente dall'essenzialità di un termine, se il ritardo dura tanto da potersi ragionevolmente escludere, secondo le circostanze, la persistenza dell'obbligazione, data l'inutilità ulteriore della prestazione.

Si ha impossibilità temporanea pure nel caso di smarrimento, se la cosa è ritrovata in tempo successivo. Il nuovo codice regola l'ipotesi nell'art. 87, secondo comma, sulla base dei seguenti principii: il ritrovamento impedisce l'estinzione dell'obbligazione se avviene prima che il debitore possa ritenersi liberato; se invece si verifica dopo che l'effetto estintivo si è prodotto, il ritrovamento, com'è naturale, non ha più rilevanza.

Produce però l'estinzione dell'obbligazione soltanto l'impossibilità che si ripercuota sulla totalità della prestazione. Se invece l'impossibilità concerne una parte di essa, il debitore è tenuto all'esecuzione per la parte rimasta possibile (art. 88, primo comma); il che, nel caso di obbligazione avente per oggetto una cosa determinata, si risolve nell'obbligo di consegnare la cosa stessa, anche se deteriorata, e nell'obbligo di prestare i residui della cosa perita (art. 88, secondo comma). Di più, il creditore, in base a un'ampia generalizzazione dell'art. 1299 del codice del 1865, può esercitare i diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha determinato l'im-

possibilità; in modo che le azioni spettanti al debitore contro il responsabile del perimento passano di diritto al creditore, e il debitore deve prestare a questi quanto abbia conseguito a titolo di risarcimento (art. 89).

17. — La cessione dei crediti.

44. — Il codice del 1865 non tenne sufficientemente conto della genericità della causa traslativa, propria della cessione dei crediti, la quale infatti non è riportabile ad alcun tipo concreto di negozio di trasferimento.

Il codice civile del 1865 tanto non ebbe esatta idea della cessione, da comprendere in essa la vendita dell'eredità, che è cessione solo se si riferisce a crediti o ad altri diritti singolarmente considerati, e da non distinguerla nettamente dalla vendita, nella cui disciplina la confuse con l'art. 1458. La vendita è in pratica la causa frequente della cessione dei crediti; ma non ne è la sola, perchè la cessione può farsi anche a scopo di donazione (così espressamente l'art. 90, primo comma), di pagamento, di accreditamento ecc.

Il nuovo codice civile, trattando in modo autonomo la cessione dei crediti, riproduce il concetto di autonomia sostanziale al quale si è accennato; il che non ha un valore solamente scientifico, ma anche ripercussioni pratiche. Così, ad esempio, influisce sul problema della forma, che è quella richiesta per il tipo di negozio posto a base della cessione. La cessione *solvendi causa* non è negozio formale, e potrà provarsi per testi nei limiti stabiliti per i contratti (art. 83 del libro della tutela dei diritti); la cessione *donandi causa* dovrà essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità (art. 329 del libro delle successioni).

45. — La cessione dei crediti opera senza il consenso del debitore. Ma è tuttavia possibile che tra creditore e debitore si convenga l'incedibilità, nel qual caso il patto non ha, di regola, carattere reale, e potrà opporsi al cessionario soltanto se egli ne conosceva l'esistenza (art. 90, secondo comma).

Non sono cedibili, oltre ai crediti di cui la legge stessa vieta la cedibilità, anche quelli che abbiano carattere strettamente personale (art. 90, primo comma), ossia tali che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare.

46. — Era contestato, nonostante l'art. 1538 cod. civ. del 1865, il principio secondo cui il trasferimento del credito si verifica come effetto immediato del contratto di cessione. In verità appare una mera finzione il proclamare che il cessionario acquista la proprietà del credito con il solo consenso, se poi il cedente, sino all'intimazione, può far valere il credito, può esigerlo e può rimetterlo.

Il nuovo codice ha evitato la dichiarazione dell'art. 1538, limitandosi ad affermare che la cessione ha effetto verso il debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando la cessione gli è stata notificata (art. 94, primo comma); la data della notificazione o dell'accettazione, se è certa, costituisce titolo di preferenza tra più cessioni fatte a persone diverse (art. 95, primo comma).

La questione dell'ammissibilità di equipollenti della notificazione e dell'accettazione è stata soltanto sfiorata dall'art. 94, secondo comma. Questo, senza ammettere che la conoscenza della cessione da parte del debitore abbia il medesimo effetto dell'intimazione o dell'accettazione di data certa, dichiara che la conoscenza stessa costituisce il debitore in mala fede, in modo che, se egli paga al cedente, non è liberato. Ciò significa che se il debitore paga al cessionario in base alla notizia che abbia comunque della cessione, è liberato anche di fronte ad altro cessionario che intimi la sua cessione successivamente al pagamento, per quanto questa cessione abbia data anteriore al pagamento stesso. Quando però è fatta prima che il debitore paghi, l'intimazione vince la conoscenza che il debitore stesso abbia comunque avuto dell'esistenza di altra cessione, anche se quest'ultima sia di data anteriore alla cessione intimata.

47. — La cessione obbliga il cedente a consegnare al cessionario i titoli probatori del credito o, se è stata ceduta una parte di esso, copia autentica dei titoli medesimi (art. 92); questa consegna, già considerata dal codice civile del 1865 come trasferimento del possesso del credito (art. 1538, secondo comma), è in realtà un atto di esecuzione della cessione, che pone il cessionario in condizione di far valere i diritti ceduti. Il suggestivo avvicinamento che il suddetto art. 1538, secondo comma, consentiva di fare con l'art. 1242 dello stesso codice abrogato, non viene respinto dal nuovo codice civile: e infatti si è voluto soltanto eliminare dall'art. 92, come si è fatto nell'art. 19, una formula suscettibile di rappresentare l'indice di una inammissibile estensione ai diritti di credito del concetto di possesso, proprio dei diritti reali.

Il cessionario non ha diritto, senza il consenso del costituente, di ottenere il possesso del pegno custodito dal cedente (art. 93, secondo comma). Il potere di disporre del credito non comprende anche quello di disporre dell'interesse alla diligente custodia della cosa consegnata in garanzia, potere che è esclusivamente di colui che ha dato il pegno. Si può soggiungere, come fu sopra osservato (n. 33) a proposito degli effetti sul pegno della surrogazione per pagamento (art. 34, secondo comma), che il divieto fatto al cedente di trasferire al cessionario la custodia della cosa data in pegno è giustificato praticamente dalla possibilità che il cessionario non desti nel datore della cosa la stessa fiducia riposta nel cedente.

48. — La formula dell'art. 1542 cod. civ. del 1865 circa la garanzia del *nomen verum* è stata chiarita e integrata. Il cedente è tenuto per legge a tale garanzia, ma le parti possono convenire che essa non sia dovuta; non possono mai escluderla tuttavia per quanto riguarda il fatto proprio del cedente (art. 96, primo comma). La cessione può essere fatta a titolo gratuito: per tale ipotesi la garanzia deve intendersi disciplinata dalle regole concernenti l'obbligo di garanzia del donante (art. 344 libro delle successioni), a cui l'art. 96, secondo comma, espressamente rinvia.

La garanzia del *nomen bonum* rimane, come nel sistema del codice civile del 1865, esclusivamente convenzionale (articolo 97, primo comma). Essa però non ha per oggetto una responsabilità limitata all'importo del prezzo della cessione, come prescriveva l'art. 1543 cod. civ. del 1865, ma comprende anche gli interessi, le spese della cessione, quelle relative all'escussione del debitore e il risarcimento del danno. In tal modo si è dato alla garanzia del *nomen bonum* un utile contenuto pratico; sarebbe stata evidente la sua irrisorietà quando avesse dovuto lasciare a carico del cessionario ogni legittimo pagamento che, in aggiunta al prezzo, fosse stato eseguito per la cessione e per l'escussione del debitore ceduto, e quando i danni dell'insolvibilità del debitore avessero dovuto rimanere a carico del cessionario.

Non appagava il limite di tempo stabilito nell'art. 1544 del codice del 1865 per la garanzia in discorso. Questa (tranne che per la rendita vitalizia) durava un anno se le parti non avevano stabilito un termine più lungo; ora è chiaro che tale limitazione (fissata in una norma di significato non perspicuo) si risolveva a svantaggio del debitore ceduto, al quale il cessionario non avrebbe potuto usare tolleranze legittime, nemmeno quando esse non avrebbero prevedibilmente aggravata la posizione giuridica del cedente. La limitazione stessa intendeva evitare che la garanzia durasse indefinitivamente,

e quindi attenuasse la diligenza del cessionario nel richiedere il pagamento del debito e nell'agire per la sua riscossione; ora, per ovviare a tale inconveniente bastava prevedere la decadenza del cessionario dalla garanzia, per il caso in cui egli fosse negligente nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore. A tali direttive si informa l'art. 97, secondo comma, il quale perciò ha abolito ogni limite di durata alla garanzia della solvibilità del debitore, sostituendovi la decadenza a cui si è accennato.

18. — La delegazione, l'accollo, l'espromissione.

49. — L'intervento di un nuovo debitore nel rapporto obbligatorio, che può portare al risultato pratico di liberare il debitore originario o di aumentare il numero dei debitori, aveva avuto nel codice del 1865 una disciplina solo a proposito della novazione soggettiva.

Il codice del 1865 era partito sostanzialmente dal presupposto che la liberazione del debitore originario mediante la sostituzione di un nuovo debitore importasse estinzione del rapporto obbligatorio preesistente e creazione di un nuovo rapporto; e aveva considerato che tale effetto giuridico si poteva raggiungere mediante due forme negoziali, di cui una si esauriva con l'intervento del nuovo debitore e del creditore (espromissione: art. 1270) e l'altra presupponeva la partecipazione anche del debitore originario (delegazione). Incidentalmente poi il codice abrogato si occupava della delegazione cumulativa (art. 1271) e della delegazione o indicazione di pagamento (art. 1273).

Questa disciplina legislativa era stata oggetto di molte critiche, se pure non tutte giustificate, fondate in particolare sul rilievo che l'istituto della delegazione, considerato sotto il ristretto profilo della novazione, e cioè di uno solo dei vari risultati pratici che la delegazione permetteva di raggiungere, finiva col perdere, sia pure apparentemente, la sua autonomia concettuale, restando così insoddisfatta l'esigenza di una sua autonoma disciplina. Si discuteva inoltre se in ogni caso la liberazione del debitore originario importasse novazione, ossia sostituzione di un rapporto ad un altro, ovvero potesse anche avere il significato di una pura modificazione soggettiva nel rapporto preesistente, che restasse per il resto immutato (c. d. successione nel debito).

50. — E' probabile che in astratto siano abbastanza netti i criterii differenziali tra la novazione soggettiva per mutamento del debitore e la successione nel debito; ma è certo che volere ricollegare determinate conseguenze giuridiche agli accordi destinati a produrre novazione e conseguenze diverse a quelli destinati, sempre in ipotesi, a produrre successione nel debito, sarebbe stato rendere un pessimo servizio alla pratica, che in questa materia ha bisogno di un orientamento sicuro e possibilmente di facile comprensione. Basta pensare infatti che distinguere, nel caso concreto, se l'intento pratico delle parti possa considerarsi diretto alla novazione o alla successione nel debito, è quasi sempre assolutamente impossibile, non potendosi pretendere che i contraenti, normalmente ignari di cognizioni giuridiche, si rappresentino siffatte sottilissime distinzioni. Ne sarebbe allora derivato che il giudice, per individuare le norme da applicare, avrebbe dovuto sostituire, con evidente arbitrio, la sua pronuncia, solo apparentemente interpretativa, ad una inesistente intenzione delle parti.

D'altra parte, qualche profilo sotto il quale quella distinzione poteva avere importanza per il sistema legislativo ancora vigente, non ha più rilievo data l'unificazione del regime giuridico delle obbligazioni civili e commerciali, per effetto della quale, ad esempio, riesce indifferente conoscere se l'originaria obbligazione commerciale sia rimasta inalterata (successione nel debito) o sia divenuta eventualmente un'obbligazione civile (novazione soggettiva). La rilevanza pratica della distinzione stessa poteva quindi consistere principalmente nella necessità di risolvere due problemi: quello della comunicabilità o meno, al nuovo rapporto, delle eccezioni relative al preesistente, e quello della permanenza o meno delle garanzie.

Ora, per quanto riguarda il problema delle garanzie, non è dubbio, ove si prescinda da dannosi apriorismi, che la soluzione debba essere uniforme, comunque si voglia giuridicamente qualificare il fenomeno della liberazione del debitore originario con sostituzione di un nuovo debitore. Tale soluzione non può che essere quella accolta dall'art. 105, il quale dispone l'estinzione delle garanzie nei casi in cui il debitore originario o il terzo che le ha costituite non consentano a mantenerle. Infatti, quando il creditore accetta un nuovo debitore e libera l'antico, non si può costringere questo (se abbia prestato una specifica garanzia) e tanto meno un terzo (fideiussore, terzo datore d'ipoteca o di pegno), a rispondere per il nuovo debitore. Anche se la sostituzione di un debitore a un altro si presenti come successione nel debito, una soluzione diversa del problema delle garanzie ripugna ad elementari esigenze pratiche.

Relativamente poi alle eccezioni, il problema legislativo non si risolve affatto distinguendo tra novazione e successione nel debito, dovendosi invece distinguere tra le diverse figure negoziali attraverso le quali si perviene al risultato pratico di liberare il debitore originario e di sostituirgliene uno nuovo.

Sulla base di queste considerazioni il nuovo codice non contiene più una disciplina della novazione soggettiva, limitandosi l'art. 65 a richiamare, per tutti i casi in cui vi sia liberazione del debitore originario e assunzione di un obbligo da parte di un nuovo debitore, la disciplina unitaria dettata dagli articoli 98 a 106, con riguardo alle varie figure (delegazione, espromissione, accollo) che, con mezzi diversi e attraverso vari atteggiamenti dell'intento delle parti, permettono la realizzazione di quel risultato pratico.

Quanto poi alla novazione soggettiva attiva che il codice del 1865 menzionava (art. 1267, n. 3), il libro delle obbligazioni non si è preoccupato di disciplinarla, sia perchè il mutamento del creditore si realizza normalmente per la via diretta della cessione, sia perchè di solito la novazione *mutato creditore* si accompagna ad un fenomeno di sostituzione del debitore, e si realizza attraverso quella tipica figura negoziale che è la delegazione, i cui effetti sono disciplinati dagli articoli 98 e seguenti.

In definitiva quindi, l'impostazione che il nuovo codice dà, si può così riassumere: *a*) nessun rilievo pratico alla distinzione tra novazione e successione nel debito; *b*) disciplina autonoma per i vari istituti giuridici attraverso i quali o si consegue l'effetto di liberare il debitore originario come conseguenza dell'assunzione di un obbligo da parte di un altro soggetto o si consegue l'effetto di aggiungere un nuovo debitore all'antico. Regola comune per tutti i casi di liberazione del debitore originario è, oltre quella già accennata in ordine alle garanzie, l'altra dell'art. 106, che dispone la reviviscenza dell'obbligo del debitore liberato nel caso in cui l'obbligo del nuovo debitore si riveli invalidamente assunto, fermo restando però l'effetto estintivo sulle garanzie prestate da terzi, in coerenza ad un principio già affermato in tema di *datio in solutum* (art. 27).

51. — Le figure negoziali che la nuova legge considera particolarmente sono la delegazione, l'espromissione e l'accollo, che, a prescindere dalle controversie, spesso puramente

terminologiche, corrispondono, nella previsione della legge, ad altrettanti casi facilmente individuabili.

La delegazione e l'espromissione hanno come carattere comune l'assunzione diretta di un obbligo da parte del nuovo debitore verso il creditore originario, e come carattere differenziale il fatto che nella delegazione vi è un'iniziativa del debitore originario (delegante) che si attua di solito con una dichiarazione rivolta al creditore (delegatario) e una dichiarazione rivolta al terzo (delegato), mentre nell'espromissione si ha un intervento spontaneo (per lo meno dal punto di vista giuridico) del terzo. L'accollo, a sua volta, si esaurisce in un rapporto tra debitore originario (accollato) e nuovo debitore (accollante), destinato ad avvantaggiare il creditore, il che fa sussumere questa figura nello schema del contratto a favore di terzo.

Quando la delegazione, l'espromissione e l'accollo non sono accompagnati da una dichiarazione espressa di liberazione del debitore originario, il nuovo debitore è obbligato in solido con il debitore originario, salvo che nella delegazione; per la quale, in considerazione dell'iniziativa del delegante e dello scopo pratico che questi normalmente si propone, la legge stabilisce (art. 98, secondo comma) che il debitore originario non può essere escusso se prima il creditore non ha richiesto al delegato l'adempimento. Si è così risolta una grave questione dibattuta nell'interpretazione dell'art. 1271 del codice del 1865, adottandosi una soluzione intermedia con la quale, pur senza concedere al delegante il beneficio della preventiva escussione del delegato, si riconosce che questi assume la posizione sostanziale di obbligato principale.

52. — La disciplina della delegazione trova però il suo fulcro nell'art. 101, che regola per tutte le ipotesi il problema delle eccezioni.

Fermo il principio, assolutamente ovvio, che il delegato può opporre al creditore le eccezioni che ineriscono al rapporto diretto costituito tra loro, la disposizione in oggetto considera la nuova obbligazione del delegato come normalmente indipendente dagli eventuali vizi dei due rapporti di base (c. d. delegazione pura), salvo il caso che entrambi quei rapporti siano viziati. Questo principio, derivante, secondo alcuni scrittori, dall'art. 1278 del vecchio codice, si giustifica praticamente col duplice rilievo: *a*) che il delegato non ha interesse a indagare sul contenuto del rapporto delegante-delegatario, essendo egli indotto ad assumere l'obbligazione diretta verso il creditore sulla base dell'autorizzazione del delegante, che crea per il delegato una sufficiente giustificazione causale; *b*) che, d'altra parte, il creditore, una volta accettato il nuovo debitore offerto dal debitore originario, non deve essere vulnerato dalle eccezioni che il delegato poteva eventualmente avere nei confronti del delegante. La deroga a questo principio di indipendenza del rapporto delegato-delegatario dai rapporti interni, quando entrambi siano viziati, si spiega, a sua volta, con la considerazione che in tal caso viene meno sia il fondamento economico che giustifica l'obbligazione del delegato, sia il fondamento che legittima il creditore a ricevere. Non si è creduto però di assimilare alla nullità della doppia causa il caso di concorso tra una causa nulla e una causa lucrativa, essendo parso che le ragioni di equità che giustificavano in diritto romano questa soluzione non fossero tali da legittimare una deroga alla logica dell'istituto e alla disciplina positiva.

Naturalmente la disciplina legale è puramente dispositiva. Le parti quindi possono pattuire la riserva del delegato di opporre le eccezioni relative al suo rapporto interno col delegante, come possono subordinare la validità della nuova obbligazione del delegato all'esistenza di un valido rapporto tra delegante e delegatario. Risolvendo anche qui vivaci questioni pratiche, l'art. 101 stabilisce, sul primo punto, che la semplice conoscenza da parte del delegatario delle eccezioni che il delegato aveva nei confronti del delegante non equivale alla pattuizione che ne consente l'opponibilità, e, sul secondo punto, che, per ritenere devoluto nella delegazione il rapporto delegante-delegatario, non è necessaria una pattuizione espressa, essendo sufficiente, secondo l'intento normale delle parti, il riferimento a tale rapporto, fatto al momento in cui il delegato assume direttamente l'obbligo nei confronti del creditore. Questo riferimento, come chiarisce l'art. 101, non potrà essere semplicemente tacito.

Va infine osservato che l'art. 100 stabilisce il principio che il delegante può revocare la delegazione finchè questa non si è perfezionata con la creazione del rapporto finale tra delegato e delegatario, mentre la morte o la sopravvenuta incapacità del delegante non impedisce il perfezionamento della delegazione. Secondo il codice del 1865 la soluzione di questi problemi si faceva discendere da quella circa la natura giuridica della delegazione. Ma, poichè intorno alla natura della delegazione si sono svolte interminabili discussioni, negandosi persino l'unitarietà della delegazione, così era miglior partito, prescindendo dalla controversie teoriche, risolvere espressamente quei problemi secondo i criteri che si rivelano praticamente più opportuni.

53. — Si è creduto utile integrare la disciplina della delegazione con un accenno alla c. d. delegazione di pagamento, nella quale il delegante ordina al delegato di eseguire il pagamento senza che questi sia tenuto ad obbligarsi direttamente verso il creditore. Secondo la maggioranza della dottrina questa figura non rientrava nell'ambito dell'istituto della delegazione; ma, in verità, dal punto di vista pratico, l'analogia è tale che una distinzione tra le due figure di delegazione obbligatoria e di delegazione di pagamento si riduce ad una distinzione puramente verbale.

L'art. 99 risolve a questo proposito due importanti questioni pratiche.

La prima è quella se il delegato che ha avuto l'ordine di pagare possa invece assumere direttamente verso il creditore l'obbligo di pagare; e si è risolta affermativamente, intendendosi che, in questo caso si applicheranno tutte le regole della delegazione obbligatoria. Tuttavia, considerandosi che il delegante può avere interesse a evitare che il delegato si obblighi direttamente verso il creditore (ad esempio, per conservare inalterato il potere di revoca riconosciuto al delegante dall'art. 100), si è espressamente stabilito che il delegante può vietare, alla persona delegata semplicemente a pagare, di assumere l'obbligo di pagare.

La seconda questione è quella se il delegato, che sia debitore del delegante, sia tenuto a eseguire la delegazione di pagamento. Qui si è adottata la soluzione negativa, non essendo sembrato opportuno, in mancanza di pattuizione o di usi diversi, che il creditore, conservando la titolarità del credito, possa unilateralmente spostare a favore di un terzo la direzione della prestazione dovuta del debitore.

54. — La figura dell'espromissione trova la sua disciplina nell'art. 102, specie in relazione al problema delle eccezioni opponibili dal nuovo debitore

E' ovvio che, per le eccezioni relative all'eventuale rapporto interno tra il debitore originario e il terzo, la soluzione non può che essere identica a quella adottata per la delegazione. Invece, rispetto alle eccezioni del rapporto tra debitore originario e creditore, la soluzione è apparentemente diversa da quella adottata per la delegazione. Dico apparentemente perchè, siccome nell'espromissione si ha un intervento spontaneo del terzo nel rapporto obbligatorio altrui, è neces-

sario che il terzo specifichi quale sia tale rapporto, con la conseguenza che si ha un ineliminabile richiamo del rapporto fondamentale, che, come per la delegazione, legittima il nuovo debitore ad opporre le eccezioni relative al rapporto preesistente. Naturalmente questo principio deve trovare il suo limite nella natura personale delle eccezioni che eventualmente spettavano al debitore originario (ad esempio, l'eccezione d'incapacità) e nel fatto che esse derivino da fatti successivi all'espromissione. Limiti questi che, in mancanza di una diversa volontà delle parti, devono valere anche per il caso di delegazione titolata. E' chiaro inoltre che il terzo non possa eccepire la compensazione, sia pure anteriormente verificatasi, in armonia al principio, già accolto, per il caso di cessione accettata dal debitore ceduto, dall'art. 78, primo comma, e che deve trovare applicazione anche nel caso di delegazione titolata.

55. — L'accollo, regolato dall'art. 103, è una tipica applicazione del contratto a favore di terzo, le regole del quale, sia in ordine al momento o al modo in cui il creditore acquista il diritto, sia in ordine alle eccezioni che il nuovo debitore può opporre al creditore che beneficia della stipulazione a suo favore, sono espressamente richiamate.

56. — Nel caso in cui, per effetto di delegazione, il debitore originario fosse liberato ma il nuovo debitore fosse insolvibile nel momento in cui si era obbligato nei confronti del creditore, l'art. 1272 del codice del 1865 ammetteva un'azione di regresso del creditore contro il delegante. Risolvendo la controversia sulla natura di tale azione, l'art. 104 dispone che in quel caso viene posta nel nulla la liberazione del debitore originario che si era prodotta per effetto della delegazione, con la conseguenza che permangono, nei limiti in cui sono state conservate, le garanzie che il debitore stesso aveva prestate.

L'art. 104 non si applica evidentemente all'espromissione, perchè in questo caso manca qualsiasi iniziativa del debitore originario, il quale non può essere responsabile del fatto che il creditore accetti un nuovo debitore liberando il primo. La regola invece si estende all'accollo, ma solo nel caso in cui la liberazione del debitore originario era condizione espressa dalla stipulazione a favore del creditore, perchè in questo caso si può ravvisare una responsabilità del primo debitore, mentre altrettanto non si può dire dell'altro caso in cui è il creditore che spontaneamente libera il creditore medesimo.

19. — Le obbligazioni pecuniarie.

57. — Le norme sulle obbligazioni pecuniarie riguardano esclusivamente i pagamenti da farsi nel territorio dello Stato (art. 111, secondo comma); si è riservata alle leggi speciali la disciplina dei pagamenti internazionali, che deve tener conto degli accordi conclusi con gli Stati esteri.

Le regole del codice peraltro devono coordinarsi con i principii che, derivando da leggi speciali, siano suscettibili di incidere in qualsiasi modo (direttamente o indirettamente) sulla materia regolata dal codice stesso (art. 111 primo comma). Si parla di principii e non di disposizioni delle leggi speciali, perchè l'ordine pubblico monetario non consta delle sole regole concernenti la disciplina dei pagamenti, ma risulta pure dall'applicazione concorrente di provvedimenti protezionistici che possono anche avere natura economica o fiscale. Lo Stato manovra a difesa della moneta non solo regolandone il valore e il potere liberatorio, ma con sistemi di deflazione, vietando la circolazione o l'esportazione dell'oro, regolando gli scambi internazionali, bloccando i prezzi delle merci e dei servizi, avocando mediante tributi il plusvalore dei beni medesimi, ecc. In tutti codesti casi è legittimo che l'interprete consideri se, per avventura, in virtù della politica economica o fiscale, sia rimasta vincolata l'autonomia privata in ordine ai rapporti monetari: si dirà in seguito (n. 58) che questa autonomia deve essere riconosciuta, per mantenere, fino a quando non ostino le esigenze della difesa economica della Nazione, il costante equilibrio delle prestazioni corrispettive in relazione ad un determinato parametro monetario.

58. — Il principio nominalistico domina le obbligazioni che hanno per oggetto il pagamento di una somma di danaro (art. 107, primo comma). La quantità di moneta legale dovuta si determina cioè in base al valore nominale che lo Stato attribuisce ad essa, senza riguardo al valore intrinseco; oggetto dell'obbligazione non è la materia di cui le monete sono formate, ma una quantità commisurata al valore loro attribuito. La riconferma del nominalismo risponde ad un'esigenza razionale della vita economica. Esso infatti consente di raffigurare i debiti pecuniari come entità costanti e cioè di ridurre a certezza l'entità economica di ogni debito; ha carattere tanto generale da regolare anche la questione concernente la somma dovuta quando la moneta indicata in contratto non ha più corso (art. 107, secondo comma). La moneta non perisce perchè lo Stato, se decide di abolirne il corso, la sostituisce con altra di diverso tipo: si fa allora un ragguaglio tra il valore nominale della moneta non avente più corso e il valore nominale della moneta nuova, secondo il rapporto stabilito all'atto della conversione. Anche allora si prescinde quindi dal valore intrinseco della moneta dedotta nel contratto, e per giunta si legittima la prestazione di una moneta diversa da quella originariamente promessa.

La possibilità di prestare una moneta diversa da quella dedotta è anche considerata quando il debito pecuniario è espresso in moneta estera; in tal caso la legge autorizza, nell'atto del pagamento, la sostituzione della moneta straniera con moneta nazionale (art. 108). La moneta straniera diviene infungibile solo per volontà delle parti, cioè quando queste convengono la clausola « effettivo » (art. 109); ma può esservi infungibilità anche se una determinata moneta è considerata dalle parti con riferimento al suo valore intrinseco (art. 110, primo comma). In tali casi però, l'infungibilità è relativa.

Infatti, se la moneta straniera dedotta in effettivo o quella considerata per la sua *bonitas intrinseca* non può essere più procurata dal debitore perchè non è reperibile o perchè è stata posta fuori corso, non si verifica l'estinzione del debito, ma sarà prestata moneta legale o corrente, ragguagliata al valore che la moneta dedotta aveva al tempo in cui l'obbligazione fu assunta (articoli 109 e 110, secondo comma).

Altrettanto deve dirsi quando il pagamento deve farsi in moneta considerata in relazione al suo valore intrinseco, e questo valore risulta alterato. Il caso è regolato dall'art. 110, secondo comma, che dà la medesima soluzione alla quale aveva ricorso l'art. 1822, secondo comma, del codice civile abrogato. La libera valutazione contrattuale di tal valore non è ostacolata dal principio nominalistico. Questo entra in funzione in un secondo momento, quando, determinato il valore della prestazione monetaria, deve precisarsi la somma di danaro occorrente per estinguere il debito, il quale pertanto ha per oggetto un valore che deve venire espresso e liquidato in danaro al momento della scadenza.

L'alterazione di valore della moneta dovuta può verificarsi durante la mora del debitore. Il caso non è previsto espressamente, perchè esso si risolve in un danno, che è risarcibile secondo gli articoli 48 e 54, secondo comma. Ugualmente inutile doveva apparire la soluzione del problema del rischio delle

oscillazioni di cambio nel debito di moneta estera. Questo rischio è a carico del creditore fino alla scadenza dell'obbligazione, in base all'art. 108; successivamente è danno prodotto dalla mora del debitore, risarcibile in aggiunta agli interessi (art. 54, secondo comma).

59. — Ho già detto (n. 7) che, sulla base della naturale fecondità del danaro e per corrispondere al bisogno di incrementare il credito, è stata estesa anche a tutti i debiti civili la disposizione dell'art. 41 cod. comm. circa la decorrenza di diritto degli interessi sui crediti liquidi ed esigibili (art. 112, primo comma).

Si è fatta un'eccezione a proposito dei crediti per fitti e pigioni, per i quali gli interessi decorrono dalla costituzione in mora (art. 112, secondo comma): data la causa specifica del debito, si è voluto evitare che la regola generale si risolva in un eccessivo svantaggio per il debitore. Altra eccezione concerne il credito che ha per oggetto il rimborso di spese fatte per cose da restituire; se chi ha fatto le spese ha goduto la cosa senza corrispettivo e senza essere obbligato a rendere conto del godimento, non sono dovuti gli interessi, a fronte e in sostituzione dei quali sta il godimento avuto (art. 112, terzo comma).

60. — Delle innovazioni apportate ai principii dell'anatocismo (art. 113), e dell'elevazione al cinque per cento della misura degli interessi civili (art. 114, primo comma) ho fatto cenno altrove (n. 7).

Devo aggiungere che lo stesso saggio del cinque per cento è previsto per gli interessi convenzionali se le parti non hanno determinato per iscritto una diversa misura (art. 114, secondo comma). È parso però eccessivo escludere la prestazione degli interessi nel caso in cui la loro misura ultralegale non risulti dallo scritto (art. 1831, quarto comma, cod. civ. del 1865). Tale esclusione era diretta a combattere l'usura; ma non ha più ragion d'essere di fronte al fatto che contro l'usura oggi può reagirsi penalmente. L'elisione di ogni obbligo di interessi ridondava peraltro, nei casi in parola, a vantaggio ingiusto del debitore, che finiva per godere dei capitali altrui senza alcun corrispettivo e poteva sentirsi incoraggiato a promettere spontaneamente un interesse usurario per non corrispondere poi nemmeno quello legale.

Non si è ripetuta la norma dell'art. 1830 cod. civ. del 1865 circa l'irripetibilità degli interessi non dovuti, perchè è sembrata inutile. Infatti, se la loro misura è contenuta in limiti leciti, la relativa corresponsione costituisce adempimento di un'obbligazione naturale per cui non è ammessa ripetizione (art. 873); se invece gli interessi assumono proporzioni usurarie, la prestazione dell'eccedenza sulla misura legale, costituendo un illecito, dà luogo, come tale, a ripetibilità.

20. — Le obbligazioni alternative.

61. — Il nuovo codice presenta, negli articoli 116 e 117, una sistemazione dei principii concernenti la scelta in perfetta rispondenza all'importanza che questa assume nel quadro delle obbligazioni alternative.

In armonia con l'art. 210 del libro delle successioni, la scelta può essere attribuita a un terzo (art. 116, primo comma) o, se questi non la fa (o non accetta di farla), al giudice (articolo 117, terzo comma). Anche nella materia successoria (legato a favore di persona da scegliersi e legato di genere), la scelta spetta al giudice se il terzo non può o non vuole farla (art. 177, terzo comma, e 209, terzo comma, del libro delle successioni); in modo che, come si è detto in precedenza (n. 7), resta superata nel senso della validità dell'obbligazione la questione degli effetti del rifiuto del terzo a compiere l'atto di concentrazione dell'obbligazione stessa (cfr. anche l'art. 178, primo comma). Il sistema si differenzia da quello adottato per la determinazione del prezzo della vendita, quando essa è deferita al terzo. In tal caso è prevista la nomina di altra persona ad opera delle parti o ad opera del giudice (art. 312, secondo comma); e la differenza si giustifica con il fatto che qui si tratta di un elemento essenziale per l'esistenza del rapporto convenzionale, la cui determinazione è più opportuno provenga dalla volontà dell'arbitratore anzichè dall'autorità del giudice.

La dichiarazione di scelta è stata configurata come atto recettizio a se stante quando non si compie mercè l'esecuzione della prestazione (art. 116, secondo comma). La concentrazione non è sempre contestuale con l'atto di adempimento, perchè può esserci un interesse della parte a una determinazione anteriore della prestazione, specie quando la scelta spetta al creditore o al terzo. In tal caso la scelta, se non deve essere accettata dalla controparte, deve quanto meno notificarsi al destinatario della prestazione, perchè produce effetti giuridici nell'ambito esterno, identicando l'oggetto della prestazione stessa e limitando il diritto e l'obbligo. Dal che deriva che, a decorrere dalla sua notificazione, la scelta diviene irevocabile: la permanenza di un successivo *ius variandi* perpetuerebbe la incertezza sull'oggetto dell'obbligazione, che la concentrazione vuole evitare (si veda, per una analogo concetto di irretrattabilità, l'art. 211, secondo comma, del libro delle successioni).

Completa la disciplina della facoltà di scelta la previsione dei casi di decadenza (art. 117, primo e secondo comma). La decadenza ha luogo quando alla dichiarazione di scelta sia assegnato un termine; nel qual caso, decorso questo inutilmente, la facoltà relativa si trasferisce all'altra parte.

62. — L'impossibilità di eseguire tutte le prestazioni poste in alternativa è ovvio che debba condurre alla liberazione del debitore. Ma il debitore può essere in colpa riguardo ad una di esse. L'effetto di questa colpa era previsto dal codice precedente con riguardo soltanto all'ipotesi in cui la scelta spetta al debitore; il nuovo codice regola anche il caso in cui la scelta spetta al creditore. Quando la concentrazione deve avvenire ad opera del debitore, se si verifica il perimento di una delle prestazioni dovute deve esser dato l'equivalente della cosa perita per ultima (art. 120, prima parte); in modo che in tal caso si esonera il debitore dalla responsabilità per la colpa nel perimento della prima prestazione, dato che egli poteva prestare l'una o l'altra a suo arbitrio. Se invece la scelta spetta al creditore, il medesimo principio non può essere applicato, perchè il creditore soltanto è arbitro della convenienza di esigere l'una o l'altra delle prestazioni dedotte; perciò si stabilisce che questo diritto di scelta si trasferisce sull'obbligazione del debitore di prestare l'equivalente delle cose perite, e il creditore può pretendere quindi, a suo arbitrio, il valore di una qualsiasi delle prestazioni che avrebbe potuto ottenere.

Se diviene impossibile una sola delle due prestazioni, si produce l'estinzione dell'obbligazione esclusivamente nei seguenti casi: quando vi è colpa del creditore e la scelta spettava al debitore, se questi non preferisce eseguire l'altra prestazione e chiedere il risarcimento dei danni (art. 119, primo comma); quando è in colpa il creditore e la scelta spettava a lui, se egli non preferisce esigere l'altra prestazione e risarcire il danno (art. 119, secondo comma). In altri casi invece l'impossibilità di eseguire una delle due prestazioni dedotte in obbligazione semplifica l'obbligazione stessa: così quando v'è una impossibilità giuridica (una delle due prestazioni non può formare oggetto di obbligazione: art. 118) e, per l'ipotesi di

impossibilità materiale, se questa impossibilità non è imputabile ad alcuna delle parti (art. 118) o, quand'anche fosse imputabile al debitore, se la scelta spetta al debitore stesso (art. 119, primo comma).

Si è considerato infine il caso in cui la scelta spetta al creditore, e dell'impossibilità concernente una delle due prestazioni debba rispondere il debitore; per questa ipotesi il secondo comma dell'art. 119 dà al creditore il diritto di domandare l'altra prestazione o di esigere il risarcimento del danno.

21. — Le obbligazioni solidali.

63. — Alla frammentaria trattazione che delle obbligazioni solidali faceva il codice del 1865, quello nuovo sostituisce una formulazione di principii più organica e più completa.

Sostanzialmente è rimasta ripudiata la regola per cui ciascuno dei condebitori o dei concreditori deve considerarsi rappresentante degli altri; e, nella disciplina degli effetti, sugli altri obbligati o sui concreditori, dell'atto compiuto da uno di essi, il nuovo codice è partito dal principio per cui gli atti compiuti e i fatti verificatisi in confronto di un condebitore o di un creditore solidale non devono pregiudicare gli altri debitori o gli altri creditori in solido. In tal modo riceve conferma il principio della pluralità dei vincoli, che il codice del 1865 aveva disapplicato peraltro solo in alcuni casi (art. 2130).

La pluralità dei vincoli non esclude una comunione di interessi tra i coobbligati. Perciò non vi contrasta la presunzione *iuris tantum* di solidarietà tra condebitori posta nell'art. 124: di essa e dei suoi limiti ho già avuto occasione di parlare (n. 7), e qui il principio è richiamato per la novità che rappresenta rispetto alla diversa costruzione del codice del 1865.

Altra particolarità della disciplina posta dal nuovo codice è una più ampia considerazione fatta alla solidarietà attiva. Essa continua ad avere minore importanza rispetto alla solidarietà passiva; ma lo stesso libro delle obbligazioni registra casi che vanno ricondotti al concetto di una solidarietà attiva legale (articoli 680, primo comma, e 694).

64. — Una serie di disposizioni testuali è precisamente ispirata dal principio, già cennato, della non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi.

La ricusazione del giuramento giova a chi l'ha deferito e nuoce a chi doveva prestarlo: l'art. 135 ne estende le conseguenze a coloro che si trovano nella stessa posizione giuridica del deferente, e nega l'estensione di tali conseguenze a coloro che si trovano nella medesima posizione giuridica di colui al quale il giuramento era stato deferito. La prestazione del giuramento nuoce a colui che l'ha deferito, giova a colui al quale è stato deferito; si hanno effetti estensivi solo nel secondo caso (art. 135). La costituzione in mora, il riconoscimento del debito, la rinunzia alla prescrizione nuocciono al debitore e giovano al creditore; i loro effetti si estendono ai concreditori, ma non ai condebitori (articoli 138, 139 e 140, terzo comma). L'inadempimento, fatto tipicamente personale, è fonte di conseguenze dannose e rimane perciò limitato nei suoi effetti alla sfera del suo autore (art. 137).

Si tratta però in tali casi, di atti o di fatti le cui caratteristiche obiettive permettono di stabilire *a priori* se essi possono nuocere o giovare ai soggetti del rapporto. In altri casi invece tale accertamento non può compiersi in via assoluta o prveentiva; ed allora altra soluzione non vi era se non quella di escludere, in linea di massima, l'effetto estensivo degli atti o dei fatti in parola, lasciando agli interessati la valutazione del proprio interesse e quindi la facoltà di opporli, se li ritengano idonei a recare giovamento alla propria sfera. A questo criterio sono informate le norme degli articoli 134 e 136, primo comma, concernenti rispettivamente la transazione conclusa e la sentenza emessa nei confronti di uno dei debitori in solido. Il criterio è assoluto per la transazione, è in alcuni casi temperato per la sentenza; così, quando la sentenza è fondata su eccezioni personali al condebitore, la sua efficacia non va oltre la persona di questo; ed ancora, se il creditore si avvale di una sentenza ottenuta da un concreditore, il debitore può sempre opporgli le eccezioni personali (art. 136, secondo comma).

65. — Vi sono inoltre fatti che, per loro essenza, non sono suscettibili di estensione oltre la sfera di coloro nei cui confronti si verificano. Tale è la sospensione della prescrizione, che è conseguenza sempre di una situazione giuridica particolare al soggetto nel cui favore è disposto: l'effetto di essa perciò non si comunica (art. 140, secondo comma).

Altri fatti o atti, per quanto personali ad uno dei condebitori, incidono sul debito riducendolo, e allora giovano a tutti i debitori; così, la novazione (art. 130, primo comma), la remissione (art. 131, primo comma), la compensazione (art. 132, primo comma), la confusione (art. 133, primo comma), quando riguardano soltanto uno dei debitori o uno dei creditori in solido, in realtà estinguono il debito per la parte corrispondente all'interesse che avevano, nel vincolo solidale, il debitore o il creditore nei cui confronti l'atto o il fatto si è compiuto.

Da ciò l'altro principio per cui i fatti e gli atti che concernono l'esistenza e la quantità del credito si riflettono pienamente nella sfera di tutti i soggetti del rapporto solidale, per quanto si siano spiegati verso uno solo di essi (articoli 130, secondo comma, e 131, primo comma). La novazione e la remissione di tutto il debito fatte nei confronti di uno solo dei debitori, non avrebbero senso se non estendessero le loro conseguenze verso gli altri: il debitore liberato sarebbe infatti tenuto in via di regresso verso i condebitori, se costoro rimanessero ugualmente obbligati non ostante l'intervenuta novazione o la remissione.

22. — Le obbligazioni indivisibili.

66. — Alla disciplina dell'obbligazione solidale si è ricondotta quella dell'obbligazione indivisibile (art. 147), salvo per quanto attiene alla situazione degli eredi del debitore (art. 148) e all'estinzione parziale dell'obbligazione (art. 150). Simile parificazione è giustificata dal fatto che, così nelle obbligazioni solidali come nelle obbligazioni indivisibili, deve essere prestato il *totum*. Indivisibile può essere considerata anche un'obbligazione che potrebbe materialmente dividersi, se le parti hanno voluto escludere la divisibilità (art. 146): ora le differenze ontologiche tra tale ipotesi e l'obbligazione solidale sfuggono all'indagine più accurata, specie di fronte alla frequenza del patto di indivisibilità, che viene di solito stipulato allo scopo di dare maggiore sicurezza al credito, e cioè per lo stesso scopo per il quale la legge preordina la solidarietà o questa viene stipulata anche rispetto agli eredi di uno dei debitori.

Non si nega che l'impossibilità materiale di prestare per parti una cosa indivisibile può giustificare determinazioni particolari della legge: ma, adeguate singole disposizioni a siffatta situazione, il mantenimento di una differenza di regime tra l'obbligazione indivisibile e quella solidale avrebbe moltiplicato i problemi giuridici e non avrebbe semplificato i rapporti.

67. — Appunto con finalità semplificatrici si è soppresso, nell'elencazione dei casi di indivisibilità, quello previsto dall'art. 1205 n. 3 cod. civ. del 1865, che ha dato sempre luogo a difficoltà di interpretazione e che, in verità, nel suo significato più accoglibile, doveva intendersi quale ulteriore riferimento all'indivisibilità subiettiva o convenzionale, già richiamata nella seconda parte dell'art. 1202 stesso codice. Peraltro, anche il n. 1 dell'art. 1205 rientrava nell'orbita dell'art. 1202: il debito di corpo determinato infatti è tra quelli che le parti intendono considerare sempre come non suscettibile di divisione, anche quando si tratti di corpo di sua natura divisibile.

Si è pure soppresso l'art. 1208 del codice precedente, che in alcuni casi consentiva all'erede, convenuto per la totalità, di chiedere un termine per chiamare in causa i coeredi. L'articolo suddetto, dai più interpretato come affermazione del diritto dell'erede convenuto di svolgere un'azione di regresso verso il condebitore, si limitava, in sostanza, a richiamare un diritto meramente processuale già regolato dal codice di rito nell'istituto dell'intervento coatto di terzi su richiesta di una delle parti per comunione di interessi o per pretesa di garanzia; una disposizione simile era perciò superflua, certamente era fuori di posto.

IV.

23. — La nozione di contratto.

68. — Una parte della dottrina classifica i contratti tra i negozi giuridici bilaterali, e cioè tra i negozi che si costituiscono tra due parti, qualunque sia il numero delle persone di cui ciascuna parte è costituita. Tale atteggiamento però non riscuote consensi unanimi, essendosi da taluno considerato che il codice civile del 1865, negli articoli 1098, 1697 e 1704 accenna a « più persone » in sinonimia con « più parti » (argomento dagli articoli 1698, 1701, 1702 e 1733), ed essendosi così ammesso che il contratto possa raffigurarsi anche quale negozio plurilaterale, cioè formarsi tra più di due parti e comportare più di due obbligazioni. Il contratto plurilaterale, più che essere una figura giuridica autonoma, altro non sarebbe, per questa seconda corrente di idee, che una specie del negozio contrattuale, il quale alle volte assumerebbe l'aspetto della bilateralità, altre volte si atteggerebbe con le caratteristiche della plurilateralità.

La definizione del contratto data nell'art. 151, avendo riguardo alla contrapposizione non più di due o più persone ma di due o più parti, vale a dire di due o più centri di interessi supera, certo agli effetti pratici, se non dogmatici, la distinzione tra contratto e accordo; e del resto, a prescindere dalle particolarità che può presentare nella formazione e negli effetti, non vi è motivo per escludere l'accordo dalla disciplina sostanziale del contratto.

69. — In applicazione di tali criteri gli articoli 259, 285, 298 e 305 regolano come contratto anche il tipo di rapporto nel quale le prestazioni delle parti sono dirette al conseguimento di uno scopo comune. Lo scopo comune stringe in un fascio una serie di vincoli; ma non sempre le situazioni che operano rispetto ad un vincolo hanno riflessi su tutto il rapporto. Vi è questo riflesso e quindi, a seconda dei casi, la nullità, l'annullabilità, la rescissione o la risoluzione di tutto il contratto, solo quando il vincolo nullo, viziato o risolubile debba considerarsi essenziale per l'ulteriore esistenza del rapporto; diversamente questo vive una vita indipendente dalle vicende di ciascun vincolo, e così continua a spiegare piena efficacia anche quando venga meno uno dei vincoli che esso comprende e collega.

Secondo l'art. 151 poi, solo un rapporto giuridico patrimoniale può costituire il contenuto del contratto.

La conseguenza è che resta fuori dalla diretta disciplina del titolo secondo del libro delle obbligazioni una categoria imponente di negozi giuridici il cui contenuto non può valutarsi economicamente, come, ad esempio, i negozi di diritto familiare: questi non sono sostanzialmente omogenei agli altri che hanno un oggetto patrimoniale e quindi anche la loro disciplina deve essere in gran parte diversa. Per tali rapporti si farà capo alle regole concernenti i contratto nei limiti in cui ciò risulti possibile; e infatti le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art. 154, che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico.

24. — La formazione del contratto.

70. — La perfezione del contratto è regolata dal principio della cognizione (art. 156, primo comma), attenuato da una presunzione *iuris tantum* di conoscenza della dichiarazione per il solo fatto dell'arrivo di questa all'indirizzo del destinatario (art. 165); la presunzione può essere vinta dalla prova, a carico del destinatario, di non avere potuto senza colpa aver notizia della dichiarazione.

Il sistema della cognizione è stato considerato più rispondente alla logica giuridica, perchè non si può ammettere che un soggetto resti volontariamente obbligato senza avere la coscienza dell'esistenza del vincolo. Ora questa coscienza si acquista appunto con la notizia della volontà dell'altra parte di piena adesione alla proposta; ciò del resto è più rispondente alle esigenze del commercio, che vuole sicurezza e chiarezza nei rapporti. Vero è che non è agevole provare che il destinatario ha avuto notizia della comunicazione rivoltagli; ma sia in questa difficoltà di prova il motivo della presunzione di conoscenza stabilita nell'art. 165, che è ragionevole, perchè ordinariamente le missive vengono lette appena arrivano, e perchè riesce quanto meno facile al destinatario dimostrare le cause incolpevoli della mancata cognizione.

71. — Si è abbandonato il sistema della cognizione e non si è più richiesto il requisito subbiettivo dello scambio delle due dichiarazioni, nei casi in cui la dichiarazione dell'accettante si immedesima con l'esecuzione della prestazione. Allora l'accettazione non ha una propria esistenza autonoma e non ne sarebbe concepibile la comunicazione al proponente: il contratto si perfezionerà al momento dell'esecuzione e là dove questa si verifica. Ma, perchè ciò avvenga, perchè cioè si possa prescindere dalla necessità che il proponente sappia dell'accettazione, occorre che l'esecuzione immediata implicante accettazione sia richiesta dal proponente, sia voluta dalla natura del contratto o sia autorizzata dagli usi. In tali sensi è l'art. 157, che corrisponde al secondo comma dell'art. 36 del codice di commercio. Questa ultima disposizione era stata variamente interpretata, e si discuteva vivamente se le ipotesi a cui essa si riferiva fossero tre distinte o due o una sola. La formula adottata nell'art. 157, con l'impiego della disgiuntiva *o*, chiarisce che le ipotesi sono tre, e che ognuna di esse conferisce all'esecuzione il particolare effetto ivi previsto.

72. — Gli articoli 163 e 164 svolgono la sibillina disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 36 del codice di commercio, che taluno aveva riferito al contratto unilaterale, mentre altri riteneva che concernesse l'atto unilaterale. Il nuovo codice regola separatamente il contratto unilaterale (due

o più dichiarazioni) e l'atto unilaterale (unica dichiarazione produttiva di effetti).

Quando si tratta di contratto unilaterale, ossia di contratto con obbligazioni solo a carico del proponente (art. 163), la proposta, appena giunta a conoscenza del destinatario, produce l'effetto giuridico della sua irrevocabilità. L'accettazione del destinatario è peraltro sempre necessaria per la conclusione del contratto, e può anche risultare dal silenzio che si prolunghi per una certa durata. Vi è dunque sempre incontro di consensi presso il proponente; ma quello del destinatario si deduce dal silenzio da lui mantenuto per un dato termine, durante il quale egli ha il dovere di parlare se intende respingere l'offerta.

Per gli atti unilaterali recettizi doveva solo precisarsi il momento in cui essi producono il loro effetto giuridico vincolando l'autore della dichiarazione trasmessa e la persona cui la dichiarazione era destinata. L'art. 164 provvede a tale esigenza: la soluzione accolta sarà descritta più innanzi (n. 250).

73. — Ammettendo che sia possibile richiedere l'esecuzione immediata della prestazione cui la proposta si riferisce, l'art. 157, primo comma, ha posto le premesse per risolvere in senso affermativo la disputa sulla rinunciabilità del potere di revoca della proposta contrattuale: l'art. 727 dà anzi un esempio di proposta ferma *ex lege*. Quando questa rinunzia c'è, il contratto sorge con l'accettazione della proposta da parte del destinatario, anche se nel frattempo il proponente abbia, violando l'impegno di non revocare, in effetti receduto dalla proposta (art. 159, primo comma).

Che in tali casi la revoca produca soltanto l'obbligo di risarcire il danno, era sostenuto in base alla considerazione che il consenso deve sussistere fino al momento in cui il contratto si perfeziona. Ma in contrario si può osservare che la proposta ferma è definitiva; e cioè suscettibile di creare gli estremi di un consenso preventivo, che sfugge alla disponibilità del suo autore, e che rimane efficace per quanto possa successivamente mutare la determinazione dell'autore stesso.

Si può sostenere che il consenso debba persistere fino a quando il contratto non possa dirsi perfetto, con riferimento ad atti di volontà revocabili prima di tale momento, non nel caso di proposta irrevocabile che, non essendo mutevole, è idonea a produrre immediatamente effetti definitivi. La conseguenza è che sull'efficacia di tale proposta non potrà influire nemmeno la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente (art. 159, secondo comma).

74. — Non è stata ammessa la successione degli eredi nella proposta revocabile. Normalmente il bisogno che muove l'offerente a fare una proposta si deve configurare come a lui personale, se non risulti, per la rinuncia al potere di revoca, un'immanenza dell'interesse nel patrimonio di lui. Per giunta, non sempre gli eredi sono a notizia della proposta fatta dal loro autore, e pertanto non potrebbero sempre impedire tempestivamente la perfezione del contratto ove non lo trovassero di loro convenienza.

Diversa è però la situazione che, in base al nuovo codice, si profila nell'ipotesi in cui il proponente sia un imprenditore. L'interesse all'affare in tal caso si scorpora dal proponente per incarnarsi nell'organizzazione, che egli aveva creata con carattere di continuità; è coerente allora che la proposta passi all'erede, come passa all'erede ogni interesse relativo all'impresa. Questa è ordinata in modo tale che la conoscenza di un affare concluso o proposto può agevolmente risultare o dalla notizia che ne hanno coloro ai quali il proponente ha conferito il potere di trattare affari, o dalla conoscenza che possono averne gli altri preposti dall'imprenditore a motivo del loro ufficio, ovvero dalle registrazioni che ne sono state fatte. Gli eredi dell'imprenditore sono perciò in condizione di conoscere, immediatamente dopo la morte di lui, se esistono affari in corso di perfezionamento; possono così apprezzare tempestivamente la convenienza dell'affare in relazione alla nuova situazione dell'impresa ed eventualmente far luogo alla revoca della proposta. L'erede però potrà revocare la proposta soltanto se nel frattempo non sia pervenuta l'accettazione all'indirizzo dell'imprenditore defunto; quando poi, dalla natura dell'affare o da altre circostanze, possa desumersi che l'affare medesimo era collegato con l'esistenza in vita dell'imprenditore proponente, la morte di questo impedirà la perfezione del contratto (art. 160 in fine).

Si regola, nell'art. 160, la successione nella proposta dell'imprenditore senza distinguere il caso in cui questi, in base al libro del lavoro, abbia obblighi di registrazione e di tenuta di libri contabili, dal caso in cui tali obblighi non sono imposti.

75. — Considerata autonoma dalla volontà dell'imprenditore, la proposta che egli fa deve sopravvivere non soltanto alla morte, ma anche alla di lui incapacità (art. 160).

Vale anche qui la ragione che l'organizzazione di una impresa garantisce l'indipendenza degli interessi che vi si concentrano dalle vicende che colpiscano la persona del proprietario. La revocabilità della proposta fino alla perfezione del contratto, come è assicurata, nel caso di morte dell'imprenditore, dalla trasmissione agli eredi della posizione di proponente, così è resa possibile, nel caso di incapacità dell'imprenditore, dall'esistenza di un suo rappresentante legale, al quale spetta l'obbligo di prendere notizia degli affari in corso e di determinarsi circa l'opportunità di mantenere o di revocare la proposta.

Parlando di incapacità, qui ed altrove (ad esempio, articoli 100, secondo comma, 563, secondo comma), si allude a quella classica e rigorosa configurata nell'art. 264 di questo libro. Non è contemplata l'ipotesi del fallimento nei suoi riflessi subiettivi, perchè di essa tratterà la relativa legge speciale.

76. — E' regolato come una proposta irrevocabile il c. d. patto di opzione, in base al quale una delle parti conviene di rimanere vincolata alla propria dichiarazione mentre l'altra ha facoltà di accettarla o meno (art. 161, primo comma).

Il patto è frequente e ha dato luogo a gravi dibattiti. Il nuovo codice non intende determinarne la natura ma vuole regolarne solo l'effetto pratico. E l'effetto pratico più aderente alla volontà delle parti è quello dato dal carattere definitivo dell'impegno di una di esse, che è effetto comune anche alla proposta irrevocabile. Per questo opzione e proposta irrevocabile sono accostate nel medesimo regolamento, con che esse non vengono certo ridotte ad un'unica figura giuridica. Non potrebbero, del resto, considerarsi di identica natura, perchè l'opzione è una convenzione, mentre la proposta irrevocabile è un atto unilaterale; pertanto la morte o la sopravvenuta incapacità della parte che ha assunto l'impegno contenuto nell'opzione non potrebbe estinguere questo per un ulteriore ordine di considerazioni: per il motivo, cioè, che l'impegno forma oggetto di un contratto.

77. — Invece sono figure particolari di proposte i contratti aperti all'adesione di altri (art. 162) e l'offerta al pubblico che contiene gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta (art. 166, primo comma).

Le parti che convengono di consentire l'entrata nel contratto di altri soggetti aventi uguale interesse, in sostanza si

pongono nella posizione di proponenti rispetto a coloro i quali vorranno aderire al rapporto. La conseguenza è che l'adesione e la revoca dell'adesione devono essere indirizzate a tutti i contraenti originari; se uno di essi non riceve l'adesione o la revoca, le dichiarazioni relative non produrranno quindi effetti. Talvolta però le parti costituiscono un organo per l'attuazione dello scopo del contratto; ad esso può dirigersi così l'adesione come la revoca dell'adesione, le quali attengono pure alle finalità del rapporto.

L'offerta al pubblico, per essere considerata come proposta, deve contenere gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, in modo che si possa differenziare dagli inviti ad offrire, i quali mirano ad orientare gli interessati e a provocarne eventuali proposte. L'offerta al pubblico è regolata come figura giuridica distinta da quella della promessa al pubblico (art. 829, primo comma). Essa ha quale sua caratteristica fondamentale la direzione *ad incertam personam*; e pertanto, mentre può mettere in moto il normale meccanismo dell'accettazione contrattuale, non può soggiacere alle norme ordinarie che regolano le forme della revoca. Ignorandosi infatti quali persone abbiano avuto notizia dell'offerta, la revoca di questa non può indirizzarsi individualmente: basterà che sia resa pubblica nelle medesime forme usate per l'offerta o in forme equipollenti, prescindendosi, per la sua efficacia, dall'indagare se in concreto fu conosciuta da coloro che conobbero l'offerta (art. 166, secondo comma).

78. — Formalità speciali sono state previste per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte o dei contratti con rinvio a condizioni generali (articoli 170 e 171).

Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunziare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perchè non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti predisposti. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che importerebbe intralci spesso insuperabili.

Ma la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercè dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi, per il riflesso che questi dovettero sfuggire all'attenzione dell'aderente essendo stampati in caratteri microscopici.

Gli articoli 170 e 171 vogliono ovviare ad ogni abuso, anzitutto dando efficienza giuridica solo alle condizioni generali che al momento della conclusione del contratto il cliente aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere (art. 170, primo comma), in secondo luogo dichiarando nulle quelle clausole che vincolano in modo oneroso l'aderente, se sulle stesse non sia stata specificamente richiamata la sua attenzione (articoli 170, secondo comma, e 171, secondo comma). Di queste clausole l'art. 170, secondo comma, fa un'elencazione non tassativa; l'aderente deve specificatamente approvarle per iscritto, non soltanto quando trovano sede in formulari, ma anche quando sono collocate in capitolati generali cui il contratto si richiama.

E' ovvio che, per quanto muovano dagli inconvenienti verificatisi nel campo dei contratti di impresa, le norme citate si devono osservare anche all'infuori di detta sfera, tutte le volte in cui una delle parti usa formulari predisposti, anche se non si tratti di un imprenditore, e qualunque sia il tipo di contratto concluso.

25. — La causa dei contratti.

79. — Non ostante gli equivoci e le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo, si è stimato necessario conservarlo e anzi conferirgli massima efficienza, non solo e non tanto in omaggio alla secolare tradiziona del nostro diritto comune (che ha pure il suo peso), quanto, e soprattutto, perchè un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorarne la nozione senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto.

Bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (chè allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini, e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non solo conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 152, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica.

Questa concezione oggettiva e positiva della causa si trae dall'art. 174, ove si indica il motivo comune alle parti come figura distinta dalla causa, considerata nei precedenti articoli 172 e 173; e non è necessario chiarire che il comune motivo che spinge le parti a contrarre è l'intento pratico che esse vogliono attuare, spesso difforme e contrario allo scopo obiettivo la cui realizzazione l'ordinamento giuridico si propone di garantire.

80. — Non ostante l'accoglimento di una concezione obiettiva della causa è rimasto negli articoli 172 e 173 il riferimento alla illiceità della stessa.

E' stato detto da qualcuno che causa illecita deve equivalere a causa mancante, in un sistema che eleva a causa del contratto lo scopo ritenuto degno di tutela dall'ordinamento giuridico. Ciò è vero se si ha riguardo al concetto di causa astratta e tipica di un contratto; ma in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rivelare che lo schema causale astratto non si può realizzare perchè vi ostano le circostanze oggettive peculiari alla fattispecie concreta, le quali, essendo incompatibili con quello schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito.

Il concetto di causa illecita, per l'art. 172, ha la stessa estensione che riceveva nell'art. 1119 codice civile del 1865, con precisazione peraltro che contrarietà alla legge significa contrarietà a norme imperative. Si è dichiarato che l'ordine pubblico comprende anche l'ordine corporativo (art. 172), più per riaffermare lo spirito nuovo al quale si deve far sempre capo

nell'interpretazione della legge, anzichè per una necessità indefettibile: sulla trasformazione del concetto, storicamente variabile, di ordine pubblico, mi sono particolarmente fermato nella relazione al libro della proprietà.

La legge reputa che vi sia illiceità quando un contratto, anche di per sè lecito, è stato preordinato al fine di eludere l'applicazione di norme imperative (art. 173). Opera qui l'illiceità del motivo comune ad entrambe le parti, che in via più generale è preso in considerazione nell'art. 174. Il presupposto concorde delle parti, di far servire il contratto quale mezzo per la realizzazione di una finalità riprovata dall'ordinamento giuridico, fa divergere lo scopo della tutela accordata al contratto; ma non si può spingere la sanzione fino a colpire anche l'illiceità del motivo che stimolò soltanto una delle parti, senza fare soggiacere la forza obbligatoria del contratto a inespresse determinazioni, capaci di vulnerare la buona fede del contraente che operò per scopi protetti dalla legge.

81. — Si è avuto cura di omettere ogni riferimento alla falsità della causa che, se vuole significare causa simulata, concerne più propriamente il fenomeno della simulazione, mentre, se vuole esprimere il concetto di causa putativa o erronea, sostanzialmente equivarrebbe a mancanza di causa. Il principio affermato dall'art. 1121 del codice abrogato, secondo il quale la causa si presume sino a prova contraria, non è stato riprodotto in questa sede perchè non riguarda il problema della causa del contratto nel senso sopra chiarito, ma ha rilievo solo in relazione alle promesse e alle ricognizioni di debito, che si presentano come avulse dal rapporto fondamentale, e per le quali invece si può legittimamente porre (n. 252) la regola che l'esistenza del rapporto fondamentale si presume fino a prova contraria (art. 828). Intesa in tal senso, la regola stessa non può avere alcuna funzione nel contratto, che costituisce di per sè il rapporto fondamentale dal quale le singole obbligazioni delle parti derivano.

La mancanza di causa è ricordata nell'art. 257, secondo comma. Da questo risulta riaffermato il divieto di costituire negozi astratti, mediante i quali la dichiarazione di volontà risulta separata dalla causa che le sta a base e la giustifica. Nemmeno la promessa di pagamento e la ricognizione di debito (art. 828) dànno origine, come si ripeterà (n. 252), a negozi sostanzialmente astratti. L'una isola la promessa dal suo corrispettivo, l'altra scinde la dichiarazione di ciascuna parte; ma nell'un caso e nell'altro la dichiarazione non è definitivamente staccata dalla ragione giuridica che l'ha determinata. Ciò è tanto vero che, nello stesso giudizio in cui la controparte fa valere la promessa o la ricognizione, il promittente o il dichiarante sono ammessi a provare l'insussistenza del rapporto fondamentale o il suo venir meno, in modo che il giudice è costretto a ricostruire il complesso negozio da cui la promessa o la ricognizione venne stralciata (c. d. astrazione processuale).

26. — L'oggetto del contratto.

82. — L'oggetto del contratto, per l'art. 175, deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

La possibilità può non esistere al tempo della conclusione del contratto se questo è sottoposto a condizione sospensiva o a termine: basta che la prestazione divenga possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine (art. 176).

Normalmente non è nemmeno indispensabile l'esistenza attuale della cosa oggetto della prestazione (articoli 177 e 310); il divieto di patto successorio (art. 3 libro delle successioni) e la nullità della donazione di beni futuri (art. 318, primo comma, libro delle successioni) sono esempi di quegli eccezionali divieti legislativi di contrarre su cose future a cui allude l'articolo 177.

La determinazione dell'oggetto può essere deferita anche all'*arbitrium merum* del terzo. Però, se questi deve operare con *arbitrium boni viri*, la relativa determinazione può essere sostituita (se manchi o se è impugnata per iniquità o errore) dal giudizio del magistrato. Nel caso invece in cui il terzo deve procedere con mero arbitrio, solo la mala fede di lui rende ammissibile l'impugnativa; mentre, in mancanza di arbitramento, il contratto deve considerarsi nullo, non potendosi concepire la sostituzione autoritaria dell'*arbitrator*, nominato *intuitu personae* (art. 178).

27. — La forma del contratto.

83. — In relazione all'aumento delle categorie degli atti soggetti a trascrizione, è stato accresciuto il numero di quelli soggetti alla solennità della forma scritta.

Salvo per quanto si riferisce al contratto di rendita perpetua o vitalizia, che, pur non essendo soggetto a trascrizione, deve farsi per iscritto, vi è parallelismo, riguardo ai contratti, tra l'art. 1 del libro della tutela dei diritti e l'art. 179 del libro delle obbligazioni. Nell'art. 179 del libro delle obbligazioni non sono menzionati gli atti di liberazione o di cessione di fitti e le convenzioni di consorzio, che sono considerati invece nell'art. 1 del libro della tutela dei diritti, perchè tali atti, in relazione alla forma, sono regolati rispettivamente dall'art. 444 del libro delle obbligazioni e dall'art. 537, primo comma, del libro del lavoro; altro contratto soggetto a trascrizione è la *cessio bonorum*, sulla cui forma provvede l'art. 818, primo comma.

Si è richiesta, per il contratto preliminare, la forma stessa prevista per il contratto definitivo (art. 180). Il contratto preliminare, per quanto non abbia il medesimo oggetto di quello definitivo, ha tuttavia la forza di obbligare a concluderlo. Ora sarebbe incongruo ammettere che colui il quale concluse verbalmente un contratto per cui lo scritto è richiesto a pena di nullità, non sia tenuto a rispettarlo; mentre chi promise verbalmente la conclusione di un contratto formale, debba eseguire la convenzione verbale. Ulteriore valido argomento per legittimare la soluzione accolta è dato poi dal fatto che il nuovo codice autorizza la realizzazione in forma specifica dell'obbligo di contrattare (art. 291 del libro della tutela dei diritti).

Il patto di adottare una forma determinata per la conclusione di un futuro contratto deve essere interpretato in relazione all'effettiva volontà delle parti circa la funzione costitutiva o soltanto probatoria della forma convenuta. Nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo, (art. 181) contrariamente a buona parte della dottrina, ma riprendendo una conforme disposizione del diritto romano. La documentazione, del resto, suole convenirsi per futuri contratti di notevole rilevanza economica, per i quali già la legge non concede libertà di prova (art. 78, primo comma, libro della tutela dei diritti); e quindi è poco verosimile che le parti abbiano voluto con una clausola conseguire quell'effetto limitativo della prova che già loro accordava la legge. Una presunzione di tal genere sarebbe in contrasto con la norma dell'articolo 196, secondo la quale le clausole devono interpretarsi nel senso che abbiano qualche effetto, anzichè in quello che non ne avrebbe alcuno.

28. — La condizione nei contratti.

84. — Il codice civile del 1865 cumulava erroneamente, con la disciplina della condizione propria, quella della c. d. condizione risolutiva tacita. Quest'ultima non è invece una condizione, soprattutto perchè opera per volontà dell'interessato, manifestata successivamente alla conclusione del contratto (il creditore può non valersi degli effetti risolutivi), mentre la condizione vera e propria agisce *ope legis* in virtù di una volontà originariamente espressa dalle parti; la c. d. condizione risolutiva è poi una sanzione per il caso di inadempimento, mentre la condizione propria è un'autolimitazione della volontà contrattuale.

Si è ricondotta a maggiore esattezza anche la determinazione del concetto di condizione sospensiva. Questa, per l'articolo 1157 cod. civ. del 1865 subordina la sussistenza del contratto a un avvenimento futuro e incerto; vero è invece che la condizione sospensiva integra il riferimento ad un evento futuro e incerto dal cui avverarsi dipende l'efficacia del contratto. La condizione in parola infatti non è un elemento che concorre a dare al contratto vita giuridica, ma ne è un elemento accidentale; il contratto dunque esiste giuridicamente anche prima che l'evento condizionante si sia avverato.

Tale effetto e quello della condizione risolutiva sono registrati nella nozione sintetica che della condizione si dà con l'art. 182; in modo che dovevano considerarsi una ripetizione le enunciative separate fatte negli articoli 1158 e 1164 del codice abrogato. E' opera della dottrina la determinazione dei caratteri della condizione casuale, potestativa e mista; da ciò la **soppressione dell'art. 1159** cod. civ. del 1865.

85. — Tra le condizioni illecite si è considerata anche **quella contraria all'ordine** pubblico (art. 183, primo comma), **che non era richiamata** dal codice precedente.

Per la condizione impossibile si sono distinte le conseguenze che essa provoca sul contratto quando ha carattere sospensivo, dagli effetti che essa vi determina quando ha carattere risolutivo (art. 183, secondo comma). Nel primo caso si ha nullità del contratto, perchè colui il quale vuole un effetto sotto la condizione che si produca un evento irrealizzabile, dimostra con ciò stesso di non volere l'effetto stesso (la diversa disposizione dell'art. 180 libro delle successioni è informata al tradizionale principio del *favor testamenti*); nel secondo caso il contratto non può rimanere vulnerato dall'irrealizzabilità dell'evento condizionante, perchè l'impossibilità del suo **verificarsi** conferisce precisamente efficacia definitiva al con**tratto fin dal momento** della sua conclusione.

La condizione risolutiva illecita, a differenza di quella ri**solutiva impossibile, per l'art.** 183, primo comma, produce **nullità del contratto.** La diversità del trattamento si deve rap**portare al carattere** inscindibile della volontà condizionata **che, quando è prevista** una condizione illecita, sorge nella sua **interezza come volere** inficiato da illiceità.

Se la condizione illecita sospensiva o risolutiva e la con**dizione impossibile** sospensiva sono apposte solo a un patto del **contratto, è nullo** senza dubbio il patto; ma, circa il con**tratto, si osservano** le regole della nullità parziale enunciate **nell'art. 258** (art. 183, secondo comma), che saranno in seguito illustrate (n. 116, in fine).

86. — Durante la pendenza della condizione possono essere compiuti tutti gli atti tendenti alla conservazione del proprio diritto. E' ovvio che il relativo potere spetta all'acquirente **nel caso** di negozio sotto condizione sospensiva (art. 185, primo **comma**) e all'alienante se il negozio è subordinato a condi**zione** risolutiva (art. 185, secondo comma), sul riflesso che la **condizione** risolutiva per una delle parti è, in sostanza, so**spensiva per** la parte che si contrappone alla prima.

La pendenza della condizione non esclude **la disponibilità del diritto ad opera** dell'attuale titolare. Ma la trasmissione sarà egualmente subordinata alla condizione a cui era soggetto il diritto trasmesso; perciò, sarà sotto condizioni sospensiva o risolutiva, se il diritto oggetto dell'alienazione era subordinato rispettivamente all'una o all'altra (art. 186). **Si è** dunque generalizzata la norma contenuta **nell'art. 1976 cod.** civ. del 1865.

Si vuole, in fondo, che tutti i poteri di cui **consta il** diritto siano esercitati in modo da non arrecare **pregiudizio** alla parte interessata all'avveramento della condizione; il che è ripetuto nell'art. 187 a proposito del dovere di buona fede imposto a chi ha attualmente il potere di esercitare il diritto sottoposto a condizione. Nell'art. 187 si sintetizzano i principii di responsabilità espressi nell'art. 1163 del cod. civ. abrogato per il caso di perimento o di deterioramento della cosa che è oggetto della prestazione; ma la formula del codice del 1865 viene dilatata fino a creare, quando ciò sia richiesto dalla buona fede, un obbligo di agire attivamente per la conservazione del diritto dell'altra parte, e a sancire una responsabilità per la violazione di tale obbligo: non si distingue tra condizione risolutiva e condizione sospensiva, nè tra negozio obbligatorio e negozio traslativo, in conseguenza del rilevato carattere generale del dovere di buona fede. Tale dovere importa che l'interessato al verificarsi della condizione, non deve ostacolare il libero svolgimento del fatto da cui deve dipendere l'efficacia o la risoluzione del contratto: perciò la condizione deve considerarsi come avverata se è venuta meno per un impedimento proveniente **dall'interessato. Ma l'impedimento dovrà** risalire **a un comportamento colposo, perchè** la finzione di avveramento è una **sanzione, e, nel nostro** sistema, normalmente è la colpa la **base della responsabilità.** Il che era pacifico nell'interpretazione **dell'art. 1169** cod. civ., e oggi trovasi espressamente **stabilito nell'art. 188.**

Si può altresì influire sul corso naturale dell'evento posto in condizione, provocandone con proprio vantaggio l'avveramento. **Non si è contemplata tale ipotesi per applicarvi** una corrispondente sanzione, perchè non **può *a priori*** ritenersi che sia normalmente illecito simile comportamento.

87. — L'avveramento della condizione **retroagisce al tempo** del contratto (art. 189) come **effetto naturale,** non come effetto necessario ed essenziale. La **retroattività si fonda** sulla presunta volontà delle parti; perciò può **valere fin tanto** che i contraenti non abbiano voluto dare, **all'avveramento** della condizione, effetto *ex nunc* (art. 189, **primo comma**). Ma anche la particolarità del rapporto talvolta **può porre** un limite al principio della retroattività **(art. 189, primo comma);** se, ad esempio, il contratto ha per oggetto **prestazioni** periodiche o continuate, il ripristino della situazione anteriore non sarebbe giustificato, avuto riguardo al carattere essenzialmente autonomo delle singole prestazioni (art. 189, secondo comma). Ipotesi di deroga al principio di **retroattività** si hanno altresì per volontà della legge; esempio ne è **l'art. 304,** quarto **comma,** sul quale sarà tenuto discorso più **avanti (n. 132).**

La retroattività non distrugge però gli atti di amministrazione compiuti prima dell'avveramento della condizione (articolo 190): essi infatti attuano il diritto condizionato e quindi sono da ritenersi validamente compiuti **dalla parte a cui spetta** l'esercizio del diritto medesimo nel **periodo di attesa** dell'evento preveduto.

E' escluso l'obbligo di restituire i frutti percepiti **in pendenza** della condizione da chi, per il verificarsi di questa, non può più ritenersi che durante quel periodo **sia stato titolare** del diritto (art. 190, secondo comma). Infatti il godimento dei **frutti da parte** di quest'ultimo, nei contratti a titolo oneroso,

compensa il mancato godimento del corrispettivo dovuto per tutto il tempo anteriore all'avverarsi della condizione; per i contratti a titolo gratuito, a sua volta, l'obbligo di restituire i frutti contrasterebbe con i limiti normali della liberalità o con lo scopo che essa intende realizzare. La disposizione è però derogabile per volontà delle parti e si applica quando la legge non dispone diversamente.

29. — L'interpretazione del contratto.

88. — La disciplina dettata per l'interpretazione del contratto distingue nettamente tra il gruppo di disposizioni già contenute negli articoli 1131, 1136, 1138 e 1139 cod. civ., e le rimanenti norme della medesima sezione del codice del 1865. Così, negli articoli 191 a 194 si è regolato il primo momento del processo interpretativo, che ha riguardo alla ricerca in concreto della volontà dei contraenti; negli articoli 196 a 200 si è invece disciplinato il secondo momento dell'interpretazione, e le norme poste presuppongono, a differenza delle prime, il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della dichiarazione contrattuale, dubbio che appunto l'interprete è chiamato a sciogliere mediante l'applicazione di principii legislativamente fissati.

Punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione è la norma collocata nell'art. 195, che li domina entrambi, e che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede. Tale principio poteva già desumersi dall'art. 203, ma la sua precisa enunciazione è sembrata indispensabile. Infatti il principio di interpretazione secondo buona fede è il necessario complemento della norma contenuta nell'art. 167, primo comma, per cui le parti devono comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, e di quella contenuta nell'art. 204, per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. In queste tre norme non si è inteso far riferimento ad uno stato psicologico subiettivo dell'agente, ma alla buona fede obiettiva; in altre parole, come si è avvertito (n. 18), la dichiarazione di volontà contrattuale deve essere intesa secondo un criterio obiettivo, che ha per fondamento un canone di reciproca lealtà di condotta tra le parti.

89. — Questo criterio obiettivo ammette un'indagine sulla comune intenzione delle parti che deve svolgersi in correlazione al senso letterale delle parole da loro usate. Ciò è detto nell'art. 191 con una formula che dirime ogni dubbio su una pretesa antitesi tra il principio fissato nell'art. 1131 cod. civ. del 1865 e quello contenuto nell'art. 3, primo comma, delle preleggi: si pongono sullo stesso piano la lettera del contratto e l'intento dei contraenti, come sullo stesso piano sono posti la lettera della legge e l'intenzione del legislatore. E a questo punto è d'uopo avvertire che la ricerca del significato letterale delle parole deve farsi, quando queste hanno due sensi, intendendole secondo ciò che è più conforme alla natura e all'oggetto del contratto (art. 198); così resta meglio precisato il concetto di materia del contratto a cui rinviava l'art. 1133 del codice abrogato, dando luogo a non pochi dubbi.

La ricerca del reale intento delle parti implica però, per l'art. 191, secondo comma, una valutazione d'insieme del loro contegno. Ho già messo in rilievo l'importanza innovatrice dell'indagine su questo contegno complessivo (n. 18). Per tale indagine, il materiale d'interpretazione è ben più vasto della sola formula finale del contratto; infatti, a tutela dell'affidamento riposto da ciascuna parte sul significato della dichiarazione dell'altra, si attribuisce valore interpretativo anche al materiale post-contrattuale, nel senso che debba aversi riguardo altresì all'esecuzione concordemente intrapresa dalle parti.

Attiene alla precisazione del reale intento delle parti anche la norma dell'art. 171, primo comma, per cui, nel caso di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, prevalgono le clausole aggiunte su quelle predisposte ove tra le une e le altre si possa riscontrare incompatibilità.

90. — L'art. 196 applica in modo più comprensivo il principio di conservazione, già contenuto nell'art. 1132 del vecchio codice civile, e che risponde ad un'esigenza dell'intero ordinamento giuridico. In forza di questo suo carattere fondamentale, la portata del principio, per quanto attiene all'interpretazione, si è estesa all'intero contratto, e non solo alle singole clausole, allo scopo di significare che l'interpretazione complessiva delle clausole del contratto deve essere fatta in modo che questo risulti efficace anzichè senza effetto. A tale regola si deve anche ricollegare, per alcuni aspetti, l'altra dell'articolo 200, secondo comma, già ricordata (n. 15), per cui la comune intenzione delle parti deve essere interpretata nel senso più conforme ai principii dell'ordine corporativo.

Le pratiche generali, a cui mi sono già riferito in precedenza per contrapporle agli usi suppletivi dell'art. 169 (n. 6), sono richiamate nell'art. 197 anche con riferimento ai contratti dell'imprenditore, allo scopo di escludere l'applicazione degli usi interpretativi del luogo in cui il contratto è stato concluso nell'ipotesi in cui solo uno dei contraenti sia imprenditore: il nuovo codice richiama, in tal caso, la pratica del luogo in cui è la sede dell'impresa pure quando il contratto si è perfezionato in altro luogo, così soddisfa quell'esigenza di uniformità nel contenuto dei contratti d'impresa, alla quale si è accennato a proposito dei contratti per adesione (n. 78). Che se imprenditori sono entrambi i contraenti, vien meno evidente l'eccezione e si applica la regola che richiamò gli usi del *locus contractus*.

91. — In omaggio all'obbligo del *clare loqui* e per attuare un'ulteriore protezione dell'aderente nel caso di contratti conclusi su moduli o formulari predisposti o contenenti rinvio a condizioni generali di contratto, l'art. 199 stabilisce il principio di interpretazione contro l'autore della clausola dubbia. Questi deve risentire le conseguenze del fatto proprio se, potendo redigere la clausola con chiarezza, la compilò in modo tale da renderla ambigua e non rispondente alla rappresentazione che poteva averne avuta.

La norma adottata è molto vicina alla règola dell'*interpretatio contra stipulatorem* accolta dal diritto romano e consacrata nell'art. 1137 del codice civile abrogato, il quale però conteneva anche una disposizione di favore per il debitore, ricollegabile al principio dell'onere della prova. Senza volere contestare il concetto per cui non vi è obbligazione se non in quanto sia stata costituita e nei limiti in cui fu effettivamente costituita, sembra che un'interpretazione sempre diretta al favore del debitore possa talora turbare il concetto della solidarietà nei rapporti obbligatori, al quale si è intesa informare la disciplina delle obbligazioni (n. 15). Nel contratto a titolo gratuito, dato lo spirito di liberalità, la ricerca del minimo di obbligazione, quando non è chiaro il limite concreto, non contrasta con l'accennato indirizzo di solidarietà, perchè il creditore *certat de lucro captando;* ma quando il contratto è a titolo oneroso, il *favor debitoris* sarebbe criterio di tutela unilaterale inammissibile, dato che, nel rapporto concreto, gli interessi delle parti sono in relazione di interdipendenza e di reciprocità. Dalla violazione dell'onere di chiarezza non deve risultare un profitto per la controparte; se ne agevolerebbe la malizia di costei, e la si spingerebbe a trascurare il dovere di rilevare l'oscurità della clausola, posto dall'art. 5 a carico di lei.

In base a tali considerazioni l'art. 200, primo comma, mantiene il principio del *favor debitoris* soltanto per i contratti a titolo gratuito, e per i contratti a titolo oneroso autorizza un'interpretazione che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti. Con questa norma, va avvertito, non si è voluto attribuire al giudice un potere generale di revisione dei contratti nè si è voluto introdurre il principio dell'equilibrio contrattuale. La norma rappresenta l'*ultima ratio* del processo interpretativo; cioè a dire può trovare applicazione solo quando, percorsi entrambi i momenti interpretativi sulla scorta dei precedenti articoli 191 a 199, persiste ancora assoluta oscurità del contratto. Per questo si è parlato di contratto oscuro, anzichè di contratto dubbio o di contratto a significato ambiguo, accogliendosi una nota distinzione, che considera oscuro *quod nullo modo potest intelligi*, e ambiguo *quod duobus aut tribus modis intelligi potest*.

30. — Gli effetti del contratto.

92. — In tema di contratti ad effetti reali l'art. 205 mantiene il principio secondo il quale il trasferimento si verifica per virtù nel solo consenso. L'art. 1125 del codice abrogato accenna al trasferimento del possesso quale atto irrilevante per gli effetti traslativi del dominio; ma poichè la *traditio* non è stata richiamata come modo d'acquisto nell'art. 112 del libro della proprietà, è chiaro, anche in mancanza di apposita disposizione, che essa viene considerata pure nel nuovo codice quale semplice atto d'adempimento dell'obbligazione di consegnare una cosa già trasferita in dominio.

Il consenso è un modo di acquisto del diritto anche nel caso che il contratto abbia per oggetto il trasferimento di una determinata massa di cose, omogenee o non omogenee. E' allora indifferente che, a determinati scopi, le cose debbano essere numerate, pesate o misurate (art. 206). Viceversa, per evidente ostacolo obiettivo, il solo consenso non ha effetto traslativo per le cose determinate soltanto nel genere; nel qual caso l'effetto medesimo non sorge fino a quando le cose da consegnare non sono state individuate (art. 207).

L'art. 207 dichiara espressamente che l'individuazione di cose determinate solo nel genere è atto bilaterale agli effetti del trasferimento della proprietà, eliminando così il dubbio sollevato da qualche autore che per il passaggio dei rischi la individuazione dovesse essere bilaterale, ma per il passaggio della proprietà bastasse quella unilaterale. L'individuazione deve avvenire ad ogni effetto col concorso dei due contraenti, perchè in rapporto alla cosa essa produce un mutamento nella posizione giuridica dei contraenti stessi.

Si è lasciato alla libertà contrattuale delle parti di stabilire le forme e il momento di manifestazione del consenso alla separazione dal genere della cosa dovuta. Il destinatario di questa di regola presta tale consenso al momento della consegna perchè normalmente individuazione e consegna sono atti simultanei; ma può manifestarlo anche prima con misure che attuino la concentrazione dell'obbligazione generica e insieme assicurino la non sostituibilità della cosa separata.

Al concorso del creditore nell'atto di individuazione è equiparata la consegna al vettore da parte del debitore, che avviene specialmente nelle vendite da piazza a piazza. Siffatta consegna è atta a realizzare la separazione e a garantire l'impossibilità di sostituzione da parte del debitore speditore; che se questi si vale della facoltà del contrordine (art. 524), annulla la spedizione e con ciò anche l'avvenuta individuazione.

93. — Ha effetto soltanto obbligatorio, e quindi limitato ai rapporti tra le parti, il divieto convenzionale di alienare (art. 208).

La validità di questo divieto, dubbia nel diritto romano classico, si è ora affermata, sulla considerazione che il potere illimitato di disposizione è attributo soltanto naturale ma non essenziale del diritto di proprietà. Del resto, il sistema positivo, in relazione a concreti interessi, ha già ammesso per singoli casi la validità del patto di indisponibilità dei propri diritti (clausola non trasferibile nell'assegno bancario: art. 43, r. d. 21 dicembre 1933, n. 1736; patto di inalienabilità ventennale del diritto dell'enfiteuta: art. 155, terzo comma, del libro della proprietà; patto di inalienabilità dell'usufrutto: art. 170 del libro della proprietà; intrasferibilità delle quote di partecipazione nella società a responsabilità limitata: art. 413 primo comma; incedibilità delle quote o delle azioni di cooperativa: art. 457, secondo comma, del libro del lavoro). Si riannoda perciò a questo indirizzo la possibilità di pattuire l'incedibilità del credito, riconosciuta nell'art. 90, secondo comma, e l'analogo divieto di disponibilità che è effetto della cessione dei beni ai creditori (art. 820, primo comma); mentre, la nullità del divieto, fatto dal testatore all'erede, di disporre dei beni ereditari (art. 238, ultimo comma, libro delle successioni), mirando ad evitare i fedecommessi taciti, non potrebbe essere ritenuta in antitesi con la direttiva dell'art. 208.

L'efficacia reale del patto è parsa una soluzione esorbitante come principio di carattere generale, data la difficoltà di organizzare per esso un sistema di pubblicità che potesse attuarsi rispetto ad ogni categoria di beni e di diritti; perciò l'obbligo convenzionale di non alienare si è mantenuto nell'orbita delle somplici obbligazioni personali come, sotto l'impero del codice del 1865, la dottrina aveva ritenuto di doverlo considerare, in mancanza di una disposizione testuale che affermasse l'opponibilità del patto ai terzi. Le alienazioni in urto al divieto sarebbero perciò valide; ma colui che si è obbligato a non alienare risponderà dei danni verso la parte alla quale aveva promesso di non disporre della cosa o del diritto.

Era anche eccessivo un illimitato divieto di disporre, chè avrebbe praticamente svuotato di contenuto il diritto di proprietà. Perciò si è stabilito che il divieto deve essere ristretto entro convenienti limiti di tempo, e deve rispondere a un apprezzabile interesse di una delle parti (art. 208). Data la varietà dei diritti che possono formare oggetto della convenzione di cui si discorre, non era possibile stabilire un termine massimo di durata del divieto, valevole per ogni caso; si è preferito perciò rimettere la valutazione dei limiti, caso per caso, al prudente arbitrio del giudice. Perchè il patto in parola sia valido, l'interesse potrà anche avere carattere morale o affettivo, potrà riguardare la protezione di un diritto proprio od anche di un diritto altrui; ma in ogni caso dovrà apparire suscettibile di tutela.

94. — Altro lato degli effetti dei contratti concerne l'ipotesi di conflitti tra persone che derivano il medesimo diritto dallo stesso soggetto.

Circa i diritti derivanti da rapporti per i quali è prescritta la trascrizione, i principii che regolano questa serviranno a stabilire la preferenza in caso di collisione (art. 209, terzo comma); per ogni altro diritto personale di godimento non soggetto alla suddetta formalità, la collisione si risolve col criterio della prevenzione, che, nel caso in cui si sia ottenuto l'adempimento, si stabilisce mediante l'applicazione del principio *melior est condicio possidentis* (art. 209, primo comma): colui il quale si trova già nel godimento di fatto corri-

spondente al suo diritto deve essere preferito a chi, con pari diritto, ne è escluso. Se adempimento non vi sia stato, la prevenzione invece si determina sulla base della priorità del titolo: *prior in tempore potior in iure* (art. 209, secondo comma).

31. — La clausola penale e la caparra.

95. — Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 211 è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale.

Nell'art. 211 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perchè tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno (art. 211, secondo comma).

Il risarcimento del danno superiore all'importo della pena è consentito (se le parti lo hanno convenuto), per un avvicinamento al sistema romanistico che, com'è noto, era contrario alla disposizione dell'art. 1230, secondo comma, cod. civ. del 1865. La penale non può esaurire sempre l'importo dei danni, perchè talvolta le parti non hanno, al momento del contratto, una nozione esatta della lesione patrimoniale che potrà derivare dall'inadempimento. Se la pena si fosse considerata limite legale del risarcimento, si sarebbe frustrato l'accennato scopo di indiretta coazione che essa spiega; e infatti, quando l'importo della pena fosse inferiore al danno da risarcire, il debitore non avrebbe in essa uno stimolo ad adempiere.

Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento (art. 213). Tale disposizione, fondata sull'equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario (cfr. anche art. 365, secondo comma).

96. — La disciplina della caparra è stata molto semplificata.

Nella configurazione giuridica di ciò che uno dei contraenti dà all'altro al momento della conclusione del contratto vi è una progressione. Ciò che si dà senza speciale qualifica rappresenta adempimento, totale o parziale, sia pure anticipato; ciò che si dà a titolo di caparra, mentre conferma il contratto (per modo che deve essere restituito o computato in caso di adempimento: art. 214, primo comma), facilita le composizioni in caso di inadempimento: infatti, l'inadempiente, se l'altra parte non insiste per l'esecuzione o non domanda in giudizio la risoluzione, perde la caparra data o restituisce il doppio di quella ricevuta (art. 214, secondo comma), e questa è certo una composizione spedita. Ma, poichè la caparra è di regola confirmatoria, la parte adempiente può fare valere i suoi diritti in via ordinaria (art. 214, terzo comma); e allora la caparra funziona come garanzia per il recupero dei danni che saranno attribuiti in sede di risoluzione del contratto o, in caso di condanna ad eseguirlo, per la mora verificatasi.

Alla caparra le parti, per patto espresso, possono conferire carattere penitenziale (art. 215). In tal caso la caparra non rappresenta un limite di responsabilità per inadempimento, ma il corrispettivo della facoltà di recesso che una o entrambe le parti si siano riservate; infatti, a causa del recesso il contratto si scioglie legalmente, e non ne è quindi più configurabile un inadempimento

32. — La rappresentanza.

§ 1. — *Le regole generali.*

97. — La disciplina della rappresentanza si è distaccata dalla sede del mandato perchè la rappresentanza può aderire a rapporti diversi dal mandato: società, locazione di opere, patria potestà, tutela, ecc. Per questa più vasta considerazione del fenomeno, il nuovo codice ha potuto regolare insieme la rappresentanza legale e quella volontaria (art. 216).

La rappresentanza volontaria, come è noto, trova la sua espressione nella procura; essendo gli effetti del negozio rappresentativo destinati a prodursi nella sfera del rappresentato, la manifestazione di costui, che è pure rivolta al conseguimento di tale risultato, non può a meno di rivestirsi dell'identica forma prescritta dalla legge per l'affare principale (articolo 221). Le forme stabilite convenzionalmente per il contratto da concludere non si sono estese alla procura per non dare, in via di massima, alla volontà delle parti un contenuto esorbitante: le parti vogliono, di regola, ovviare solo al bisogno di dare forma speciale al contratto, e si disinteressano della forma della procura.

La procura deve essere esibita al terzo che esige la giustificazione dei poteri; se essa deriva da uno scritto, deve esserne data al terzo copia a firma del procuratore (art. 222). Del documento di procura il rappresentante è tenuto a fare restituzione, quando i poteri sono cessati (art. 226).

98. — Essenziale alla rappresentanza è l'agire in nome e nell'interesse del rappresentato; effetto della rappresentanza è la diretta ripercussione nel patrimonio del rappresentato delle conseguenze dell'atto compiuto dal procuratore (art. 217).

Il passaggio diretto e immediato al rappresentato dei diritti e degli obblighi derivanti dal negozio compiuto dal rappresentante, ha come base, nella rappresentanza volontaria, la dichiarazione di volontà del rappresentato, espressa nella procura e diretta all'appropriazione delle conseguenze giuridiche del negozio rappresentativo. La conseguenza è che per la validità del negozio principale è necessaria la capacità legale del rappresentato (art. 218, primo comma) e la sua legittimazione al contratto (art. 218, secondo comma), mentre basta che il rappresentante abbia la capacità naturale (art. 218, primo comma). Quest'ultima norma si giustifica considerando che il soggetto capace ha facoltà di tutelare i suoi interessi come meglio crede; se, per tutelarli, si vale di un soggetto non dotato di piena capacità, ciò rientra nei limiti del suo potere, incontrollabile e discrezionale, di attuare e garantire i suoi interessi nel modo che a lui può sembrare più confacente.

Ma il negozio rappresentativo sorge dalla volontà del rappresentante; perciò, per le cause che influiscono sulla qualità e sull'efficienza intrinseca del volere (errore, violenza, dolo, scienza o ignoranza, buona o mala fede) deve aversi riguardo solo alla persona del rappresentante (articoli 219 e 220, primo comma). Si fa eccezione nel caso in cui l'anomalia della volontà o lo stato soggettivo influente concerna un elemento predeterminato dal rappresentato; in tal caso, la volontà viziata, la scienza o l'ignoranza del rappresentato non possono dirsi del tutto estranee alla creazione del negozio rappresentativo, dato che questo si ricollega al conferimento dei poteri di rappresentanza. Si dà pertanto rilievo alla situazione subiettiva del rappresentato (articoli 219 e 220), primo comma), il quale però non potrà in alcun caso giovarsi, se è in mala fede, dello stato di ignoranza o di buona fede del rappresentante (art. 220, secondo comma).

Il rappresentante può vincolare il rappresentato solo nei limiti dei poteri conferitigli (art. 217). La buona fede del terzo

tuttavia influisce sull'efficienza della rappresentanza; e si è già detto (n. 19) che a lui non sono opponibili nè le modificazioni nè la revoca della procura che non abbia conosciute al tempo del contratto o che, con mezzi idonei, non siano state portate a sua conoscenza (art. 225, primo comma); non sono a lui opponibili, se le ha senza colpa ignorate, neanche le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza (art. 225, secondo comma).

99. — Quando il rappresentante agisce anche nell'interesse proprio, la sua volontà non sempre si forma ispirandosi, come dovrebbe fare, esclusivamente agli interessi del rappresentato; se ciò accade si sanziona l'annullamento dell'atto posto in essere dal rappresentante. L'ipotesi configura conflitto od opposizione di interessi, una situazione cioè che, a differenza dell'eccesso obbiettivo di potere (art. 227), dà luogo ad una anormalità non apparente; conseguenza deve essere che la sanzione dell'annullamento opera in confronto dei terzi soltanto se si provi che questi conoscevano o dovevano conoscere l'esistenza del conflitto (art. 223).

L'atto che lede solo un interesse del rappresentato è annullabile e non nullo, in armonia con le disposizioni degli articoli 320, 321, secondo comma, e 376, terzo comma, del libro primo del nuovo codice. Se l'atto compiuto in situazione di conflitto offende invece, anche soltanto virtualmente, un interesse pubblico, allora la sanzione è quella della nullità (articolo 311).

100. — Rientra nello schema del conflitto di interessi, di cui è un particolare atteggiamento, il classico caso del contratto con se stesso.

La legge anteriore, con l'ipotesi dell'art. 386 cod. comm., aveva già superato l'opinione tradizionale secondo cui la conclusione di un contratto ha come immancabile presupposto dichiarazioni di volontà provenienti da soggetti distinti. La pratica, a sua volta, aveva diffusamente tratto vantaggio da questo riconoscimento legislativo; in modo che si erano potuti identificare due meccanismi separati di formazione del contratto con se stesso: l'ipotesi di doppia rappresentanza nell'unico contraente e l'ipotesi in cui questi agisce nel contempo come procuratore e come contraente in nome proprio. Entrambe sono state racchiuse nella formula dell'art. 224, primo comma.

Il conflitto di interessi raggiunge la massima evidenza nel contratto con se stesso. La raggiunge, perchè appare agevolmente a chiunque la contemporanea rappresentanza di più interessi da parte di una medesima persona, ciò che rende inutile richiedere espressamente la conoscenza o la riconoscibilità della situazione di conflitto perchè questa possa opporsi ai terzi.

Però la collisione di interessi non si ha necessariamente in ogni contratto con se stesso. E' escluso il conflitto ogni qualvolta l'agire del rappresentante sia conforme alla volontà del rappresentato; tutte le volte cioè che l'atto possa ritenersi autorizzato nelle modalità in cui è stato compiuto. La disciplina dell'entrata del commissionario nel contratto, risultante dall'art. 386 cod. comm., aderiva a questo indirizzo logico, ed è stata mantenuta (art. 575); ma l'ipotesi può dilatarsi fino a comprendere casi più generali. Tutte le volte in cui il contratto è conforme al contenuto predeterminato dai singoli rappresentati (caso di doppia rappresentanza) o dall'unico rappresentato (caso di rappresentanza unica), la volontà del rappresentante non entra in giuoco e quindi non può configurarsi quell'anormale formazione della stessa che è alla base del conflitto e ne determina le conseguenze: il contratto con se stesso sarà allora valido in via eccezionale (art. 224, primo comma). Così, ad esempio, sarà consentito al commesso di negozio di acquistare merci nell'azienda a cui è addetto, corrispondendo il prezzo stabilito dal principale per la vendita al pubblico; in tal caso il commesso non agisce certamente in contrasto con l'interesse del principale o sotto l'influenza di un interesse esclusivamente proprio.

101. — Il negozio compiuto da chi ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, non si può attribuire alla sfera giuridica del rappresentato: non vi è, in tal caso, la preventiva dichiarazione di volontà del rappresentato diretta all'appropriazione del negozio rappresentativo o, nel caso di eccesso dei poteri, una preventiva dichiarazione di approvazione del contenuto specifico del negozio. L'atto è frutto della sola volontà del rappresentante, e quindi è inefficiente per gli effetti che il terzo si riprometteva di poterne conseguire. Il caso in cui manchi assolutamente il potere non si distingue dall'ipotesi in cui esso è stato esercitato al di là dei limiti per cui era stato conferito. Anche nel secondo caso manca ogni potere per ciò che esorbita dai limiti prestabiliti. Una distinzione si può fare invece tra mancanza e abuso di poteri, perchè l'abuso è semplicemente una deviazione dal fine che l'atto doveva realizzare; è, cioè, esercizio illegittimo o anormale del potere conferito, che vizia l'atto piuttosto che renderlo giuridicamente inesistente, ma soltanto quando sia conosciuto o sia riconoscibile da parte del terzo.

In alcuni casi, se manca il potere o si è ecceduto dai suoi limiti, l'ordine giuridico garantisce il terzo ritenendo obbligato specificamente in proprio colui che ha agito come rappresentante (art. 730 libro delle obbligazioni riguardo all'assicurazione per conto altrui; art. 11 r. d. 14 dicembre 1933, n. 1669 per la cambiale; art. 14 r. d. 21 dicembre 1933, n. 1736 per l'assegno bancario); ma allora, più che mutare il soggetto del rapporto, probabilmente la legge pone un principio di responsabilità, che si risolve nell'esecuzione in forma specifica, se pure da mutato soggetto, della prestazione promessa. Questo principio, giustificato da considerazioni particolari a singoli rapporti, non poteva essere generalizzato; e, dovendosi stabilire una sanzione a favore del terzo per la violazione dell'affidamento circa l'esistenza dei poteri, è sembrato più equo imporre al *falsus procurator* l'obbligo di prestare il c. d. interesse negativo, cioè il danno che il terzo ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto (art. 227). Altra volta, oltre che a proposito della rappresentanza, il libro delle obbligazioni ha accennato a questo speciale interesse (art. 167, secondo comma); è opportuno ora chiarire che esso comprende i danni rappresentati dalle spese, dalle perdute occasioni di stringere altro valido contratto, dall'attività sprecata nelle trattative e sottratta ad altre utili applicazioni, ecc.

A tale risarcimento però il terzo può aspirare solo se il *dominus* rifiuti di ratificare il contratto concluso in suo nome. All'uopo il terzo può invitare l'interessato o i suoi eredi a pronunciarsi sulla ratifica assegnando un termine; il silenzio dell'interessato o degli eredi equivale a rifiuto di apprendere gli effetti del contratto (art. 228, quarto quinto comma). Se l'interessato o gli eredi dichiarano di vole profittare dell'atto, la ratifica deve rivestire le forme pre scritte dalla legge per la conclusione del contratto (art. 228 primo comma); la ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salv i diritti dei terzi (art. 228, secondo comma).

§ 2. — *I rappresentanti dell'imprenditore.*

102. — L'institore era nel codice di commercio considerato con riferimento alle sole imprese commerciali; ma nel sistema nuovo la sua figura può ricollegarsi a tutte le imprese soggett

a registrazione, e quindi anche alle società che, pur avendo un oggetto non commerciale, assumono le forme delle società che esercitano un'attività commerciale.

L'institore può essere preposto anche all'esercizio di un ramo particolare dell'impresa (art. 229, secondo comma); se la preposizione riguarda più persone, ciascuno degli institori può agire separatamente qualora la procura non disponga diversamente (art. 229, terzo comma; cfr. art. 556, secondo comma).

Confermato il principio della pubblicità della procura (art. 231, primo comma), che va fatta mercè la sola iscrizione nel registro delle imprese, se ne è ricavata la logica conseguenza che la mancanza di pubblicità fa presumere generale la rappresentanza conferita all'institore (art. 231, terzo comma). Poteri ampi, quindi, che includono anche la legittimazione processuale attiva e passiva (art. 230, secondo comma); ma questi poteri non si estendono al compimento di atti di disposizione, i quali per la loro portata esorbitano indubbiamente dall'attività che è propria dell'institore (art. 230, primo comma). Maggiori poteri devono risultare da un espresso conferimento.

Anche la modificazione e la revoca della procura devono essere iscritte nel registro delle imprese (art. 232, primo comma). Devono essere pubblicate altresì la revoca o la limitazione della procura non pubblicata, perchè la certezza dei rapporti rappresenta, specialmente in questa materia, un vantaggio di fronte a cui può sacrificarsi una deroga (se deroga c'è) al rigore del sistema. La mancanza di pubblicazione della revoca o della limitazione implica l'onere del preponente, che voglia opporle al terzo, di dare la prova che questi le conosceva al momento della conclusione dell'affare (art. 232, secondo comma); così è rimasto unificato il sistema degli effetti della pubblicità nella preposizione institoria, perchè, in base all'art. 231, terzo comma, se la procura non è pubblicata, ogni limitazione agli ampi poteri che ne derivano non può essere opposta ai terzi i quali la ignoravano al momento della conclusione dell'affare.

L'institore deve far conoscere che tratta per il preponente (art. 233). Se a questo obbligo contravviene, egli è tenuto personalmente; ma il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa cui l'institore è preposto. Il diritto del terzo verso il preponente è stato in tal caso mantenuto, per la considerazione che non sarebbe giusto eliminare la responsabilità del preponente quando l'atto dell'institore rientra tra quelli che quest'ultimo poteva compiere per il preponente stesso.

Manca, nella disciplina data al rapporto institorio, la disposizione dell'art. 372 cod. comm. circa il divieto di concorrenza. Ma la disposizione è rimasta assorbita, per gli institori come per gli altri rappresentanti dell'imprenditore, dall'art. 51 del libro del lavoro concernente tutti coloro che collaborano nell'impresa in posizione subordinata; ai quali, senza eccezione, è fatto obbligo di astenersi, sia dal trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore, sia dal diffondere notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa e dall'usarne in modo da poter recare a questa pregiudizio. La sanzione comminata dall'art. 372 cod. comm., implicante il diritto del preponente di ritenere per sè i profitti conseguiti con gli atti vietati, oltre ad essere inapplicabile nei casi di esercizio per conto di terzi dell'attività vietata, è apparsa eccessiva e soprattutto priva di una conveniente giustificazione.

E' rimasto pure escluso ogni accenno separato al rappresentante di case estere (art. 376 cod. comm.) perchè questi è una figura particolare di institore.

103. — I procuratori indicati nell'art. 234 costituiscono una importante categoria di rappresentanti largamente conosciuta nella pratica, specie bancaria. La definizione per essi adottata fa riferimento al potere di compiere gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, per quanto manchi un rapporto di preposizione rispetto a questa; e così chiarisce che si tratta di collaboratori la cui attività si svolge soprattutto nel campo esecutivo.

Essi sono peraltro muniti di poteri di rappresentanza al pari degli institori; e questa considerazione ha indotto ad estendere ai medesimi le disposizioni relative alla pubblicità della procura e le altre che regolano le modificazioni o la revoca di questa.

104. — Scompare nel nuovo codice il riferimento ai commessi viaggiatori e ai commessi di negozio, in relazione alla più ampia accezione del concetto di impresa accolta nel libro del lavoro. A queste figure si sostituiscono, per evidenti esigenze di sistema, la categoria generale dei commessi dell'imprenditore (articoli 235 a 237) e quella particolare dei commessi preposti alla vendita (art. 238).

I poteri di questi collaboratori dell'imprenditore comprendono tutti quegli atti che ordinariamente comporta la specie delle operazioni di cui sono incaricati (art. 235, primo comma). L'imprenditore può limitarli nell'atto di conferimento della rappresentanza (art. 235, primo comma); però, in mancanza di espressa autorizzazione, non comprendono legittimazione a riscuotere il prezzo delle merci delle quali i commessi non facciano consegna, nè legittimazione a concedere dilazioni o sconti che non sono d'uso (art. 235, secondo comma); non implicano nemmeno autorizzazione a derogare alle condizioni generali di contratto o alle clausole dei moduli o formulari dell'imprenditore, nemmeno quando i commessi sono autorizzati a concludere contratti (art. 237). Viceversa, rientra nella sfera dei loro poteri, e limitatamente agli affari da essi conclusi, il ricevimento per conto dell'imprenditore delle dichiarazioni che riguardano l'esecuzione del contratto e dei reclami relativi alle inadempienze contrattuali (art. 236, primo comma); i commessi sono altresì autorizzati a chiedere provvedimenti cautelari nell'interesse dell'imprenditore (art. 236, secondo comma).

Per quanto concerne i commessi preposti alla vendita nei locali dell'azienda si è stabilito invece il principio, già affermatosi nel silenzio del codice di commercio, che essi hanno il potere di esigere il prezzo delle merci vendute, salvo che alla riscossione sia palesemente destinata una cassa speciale (art. 238). Si è escluso per contro tale potere fuori dei locali dell'azienda, quando il commesso non sia autorizzato alla riscossione dall'imprenditore, o quando la volontà di questo in tal senso non risulti dalla circostanza che il commesso sia munito di quietanza firmata dall'imprenditore medesimo, destinata al compratore.

105. — Ai collaboratori dell'imprenditore agricolo non potevano ritenersi applicabili le disposizioni riguardanti la preposizione institoria, data la varietà di organizzazione delle imprese agrarie, e considerata la diversità di lineamenti che, per ragioni tradizionali e per esigenze concrete, assumono nella pratica i rapporti di collaborazione agraria. Specialmente non potevano imporsi formalità e adempimenti estranei ai bisogni dei rapporti medesimi.

Si è considerato che la pratica concernente le funzioni dei collaboratori dell'imprenditore agricolo non si è consolidata verso una costante attribuzione di poteri rappresentativi. La figura del dirigente d'azienda è troppo recente perchè possa invocarsi un uso in base al quale il conferimento della funzione

direttiva attribuisca senz'altro poteri di rappresentanza. A sua volta, la figura del fattore di campagna è multiforme, anche in relazione al fatto che le sue mansioni, secondo gli usi, mutano da una regione all'altra. E' stato ritenuto sufficiente perciò un rinvio alla determinazione dei poteri data dalle norme corporative e, in mancanza, dagli usi locali (art. 239).

33. — Il contratto per persona da nominare.

106. — La possibilità di concludere contratti per persona da nominare (art. 240) è prevista nel codice di procedura civile e in molte leggi speciali (legge catastale, legge sull'imposta di registro, legge sulla contabilità dello Stato, ecc.); era pure prevista nel codice di commercio.

In pratica la riserva di nomina non si fonda sempre su un incarico anteriore; non è raro infatti il caso in cui si contrae per persona da nominare senza nemmeno avere la certezza di potere attuare il proposito di trasferire ad altri i diritti che si acquistano e gli obblighi che si assumono. A questa pratica aderisce l'art. 241, secondo comma, disponendo che la dichiarazione di nomina può essere legittimata da una semplice accettazione del negozio da parte della persona nominata, oltre che da una procura anteriore.

A differenza di quanto è disposto per il rappresentante senza poteri, gli effetti del contratto rimangono in capo al contraente che aveva fatto la riserva di nomina, quando l'*electio* non si compie nel termine previsto dalla legge o dal contratto (art. 244 e analogamente, nel caso di mediazione, in base all'art. 603, primo comma).

La dichiarazione di nomina, la procura e l'accettazione integrano, nella parte soggettiva, il contratto già concluso, e perciò devono rivestire la forma stessa che le parti hanno usato per il contratto, anche se non prescritta dalla legge (art. 242, primo comma). Viceversa, solo la dichiarazione di nomina deve rendersi pubblica se il contratto è soggetto a pubblicità: la procura e l'accettazione possono essere semplicemente richiamate (art. 242, secondo comma), dato il carattere non costitutivo che ha nel nostro diritto la pubblicità dei contratti.

Effetto della dichiarazione di nomina è che si attraggono nella sfera giuridica della persona nominata tutti i diritti e tutti gli obblighi che costituiscono il contenuto del contratto. Questa acquisizione opera retroattivamente, e cioè a decorrere dal giorno in cui il contratto fu concluso (art. 243).

34. — La cessione del contratto.

107. — La cessione del contratto è largamente diffusa nella pratica del commercio, e d'altra parte la legge, a proposito della locazione, delle azioni non liberate e del contratto d'impiego ha, per sua parte, riconosciuta la possibilità di far circolare un rapporto nel suo complesso, cioè nel suo insieme di diritti e di obblighi. La dottrina ha contrastato l'unità fondamentale del fenomeno della circolazione del contratto, e ha sostenuto la sola possibilità di una separata trasmissione degli elementi passivi e degli elementi attivi del contratto, mediante gli strumenti giuridici della cessione dei crediti e dell'accollo dei debiti.

La pratica, estremamente sensibile, ha invece avvertito l'inscindibilità della trasmissione, alla stessa persona, di tutto il contenuto del rapporto. Ha parlato di vendita di contratto e ha talora rappresentato tale inscindibilità mediante la creazione di titoli di credito (gli stabiliti), il cui possessore non può esigere la prestazione senza corrispondere la controprestazione, per l'obbligo implicitamente assunto con l'acquisto del titolo. Il libro delle obbligazioni cerca di soddisfare le esigenze di tale pratica, in considerazione del fatto che essa risponde ad una funzione economica importante, qual'è quella di eliminare complicate e dispendiose rinnovazioni del contratto.

108. — Può essere ceduto soltanto un contratto con prestazioni corrispettive (art. 245), in quanto solo rispetto a questo contratto si può avere il trasferimento di un complesso unitario costituito da diritti ed obblighi della parte cedente; nei contratti unilaterali si può trasmettere solamente la posizione di creditore o quella di debitore.

Perchè la cessione del contratto produca liberazione del cedente verso il contraente ceduto, occorre naturalmente il consenso di questo. Peraltro, consentire la cessione importa, salva una diversa volontà (art. 247, secondo comma), liberazione del proprio contraente. Siffatto consenso liberatorio può essere dato anche in sede di conclusione del contratto, col fatto di autorizzarne preventivamente la circolazione, ed è pure implicitamente dato se il contratto stesso è consacrato in un documento con clausola all'ordine (art. 246, secondo comma). Nel primo caso la liberazione avviene nel momento in cui la cessione è notificata al contraente ceduto o questi l'ha accettata; nel secondo al momento e per effetto della sola girata (art. 246).

109. — Effetto della cessione è la sostituzione del cessionario nell'identica posizione del cedente (art. 245 e 246). Il contraente ceduto può così opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto ceduto; e solo queste se nell'aderire alla cessione non se ne sia riservate altre derivanti da rapporti diversi col cedente (art. 248).

Se il cedente non viene liberato, il rapporto che egli ha col contraente ceduto diviene sussidiario a quello tra il contraente ceduto e il cessionario; e il primo può rivolgersi al cedente soltanto se il cessionario non abbia adempiuto (articolo 247, secondo comma). Basta la richiesta insoddisfatta, senza che occorra l'escussione del cessionario; ma, per l'interesse che ha il cedente di cautelarsi eventualmente verso il cessionario nel caso che sia costretto a pagare, dell'inadempienza il contraente ceduto deve dare notizia al cedente entro quindici giorni da quello in cui essa si è verificata. Se non viene data questa notizia, il contraente ceduto, pur conservando l'azione contro il cedente, è obbligato verso di lui al risarcimento del danno (art. 247, terzo comma).

Il cedente, anche in mancanza di una convenzione espressa, è tenuto a garantire l'esistenza e la validità del contratto ceduto, non l'adempimento del contraente ceduto (art. 249, primo comma); il principio è stato già accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la girata degli stabiliti. Se vi è espressa garanzia dell'adempimento, il cedente assume la posizione di fideiussore (art. 249, secondo comma), e quindi risponde verso il cessionario in via solidale con il contraente ceduto (art. 784, primo comma) nei limiti dell'art. 782, con esclusione perciò della responsabilità per i danni.

35. — I contratti a favore di terzi.

110. — La regola della nullità dei contratti a favore di terzi pervenne al codice del 1865, dal diritto romano classico, con i temperamenti che in questo e nel giustinianeo aveva gradualmente ricevuti.

I codici moderni la hanno capovolta in un principio di validità, e a questo si è uniformato l'art. 250, nel quale si dispone

altresì che il diritto si acquista dal terzo per effetto del contratto e non per effetto dell'accettazione, non potendo il contratto ritenersi una proposta rivolta al terzo. Peraltro, l'acquisto medesimo deve considerarsi subordinato alla condizione che i soggetti della stipulazione non revochino il beneficio prima dell'accettazione da parte del terzo.

111. — Si pone espressamente come presupposto di validità dei contratti medesimi un interesse dello stipulante (anche morale) alla prestazione rivolta al terzo; ma ciò si fa più per un'esigenza di completezza formale che per un bisogno di carattere sostanziale, dato che il requisito di un interesse alla prestazione è comune ad ogni obbligazione (art. 4).

L'interesse alla stipulazione di regola è dello stipulante, in quanto *plerumque accidit* che la prestazione a favore del terzo sia una semplice modalità di quella dovuta allo stipulante; perciò l'art. 250, terzo comma, prevede che, se è intervenuta la revoca, o se il terzo non vuole profittare della stipulazione, questa deve rimanere a beneficio dello stipulante. Ma può aversi anche un interesse del promittente: in tal caso, della prestazione non fatta al terzo deve profittare il promittente medesimo.

Causa del diritto del terzo è il contratto intervenuto tra promittente e stipulante; è perciò congruo che le eccezioni da esso derivanti (ad esempio, inadempienza dello stipulante in relazione al contenuto del rapporto-causa), fissino l'entità dell'attribuzione fatta al terzo (art. 252). Le eccezioni fondate su rapporti diversi (ad esempio, compensazione con un controcredito *ex alia causa*) non possono invece opporsi al terzo (art. 252); il promittente che accetta di fargli una prestazione, implicitamente rinuncia alle difese che poteva avere verso lo stipulante sulla base di situazioni risultanti da altri rapporti.

112. — Figura particolare di contratto a favore di terzi è quella in cui la prestazione deve eseguirsi posteriormente alla morte dello stipulante. Essa ha precipuo riguardo ai contratti di assicurazione sulla vita a beneficio di terzi, ma estende il suo ambito anche fuori del contratto d'assicurazione. La stipulazione in tal caso deve potersi revocare pur quando il terzo ha dichiarato di volerne profittare (art. 251); questo in omaggio alla presunta volontà del promittente che non intende dare carattere definitivo alla destinazione del beneficio. Però lo stipulante può rinunziare validamente al potere di revoca, esprimendo così l'intenzione di attribuire definitivamente il beneficio; il che in particolar modo si verifica quando l'attribuzione scaturente dalla stipulazione rappresenta l'adempimento di un obbligo preesistente.

Se il terzo premuore allo stipulante, appare meglio rispondente alla presumibile volontà di questo ritenere che egli abbia voluto estendere il beneficio agli eredi del terzo: se non avesse voluto tale effetto avrebbe manifestato una diversa volontà revocando il beneficio o limitandone l'attribuzione alla persona del terzo medesimo (art. 251, secondo comma).

36. — La simulazione.

113. — Si è disciplinata con poche norme la complessa materia della simulazione dei negozi giuridici, fin qui rimessa alla dottrina, che aveva dovuto costruire su due scheletriche disposizioni del codice civile (articoli 1055 e 1319).

Si parla di negozi e non di contratti, perchè, in conformità della dottrina, si è espressamente riconosciuto che la simulazione è configurabile anche negli atti unilaterali tra vivi, destinati ad una determinata persona (art. 253, terzo comma), ossia negli atti unilaterali recettizi (n. 250).

Si è precisato a quali condizioni, in caso di simulazione relativa, il contratto o l'atto dissimulato possa valere tra le parti. Sul punto controverso se la forma dovesse essere quella dell'atto apparente o quella prescritta per l'atto occultato, il nuovo codice ha scelto la seconda soluzione. Non è sembrato coerente ritenere che la necessità della forma scritta prevista per la donazione possa venir meno quando, ad esempio, la liberalità è mascherata, sotto l'apparenza di un'emissione cambiaria. Se la forma è garanzia di matura decisione, essa sarebbe eliminata proprio quando, per essere affiorata la frode, se ne dovrebbe sentire maggiormente il bisogno.

114. — Le disposizioni che regolano la posizione degli aventi causa e dei creditori chirografari del simulato acquirente hanno per base il principio di tutela dell'affidamento (n. 19).

La questione se anche i creditori chirografari dell'acquirente apparente debbano essere protetti, è stata risoluta in senso affermativo. E' vero che i creditori stessi non hanno un diritto specifico sul patrimonio del loro debitore e che di regola le vicende di questo si ripercuotono indirettamente sui loro diritti; ma ciò non toglie che, con il compimento di un atto di esecuzione (pignoramento, intervento nel reparto), quel diritto generico si specifichi, e che il creditore sia legittimato a tutelarlo anche contro il proprio debitore. Si è perciò stabilito che, quando i creditori chirografari compiono atti di esecuzione, il loro diritto di realizzare il credito sui beni appresi debba essere protetto (art. 255, primo comma). I creditori del finto acquirente, come i suoi aventi causa, devono però essere in buona fede al momento dell'acquisto o al momento dell'esercizio dell'azione esecutiva; ed è noto che la buona fede si presume (art. 335, terzo comma, del libro della proprietà). Lo stato soggettivo degli aventi causa e dei creditori suddetti diventa irrilevante esclusivamente quando è stata trascritta la domanda per la dichiarazione di simulazione (art. 9, n. 4, del libro della tutela dei diritti).

Il diritto dei terzi ora considerati è tutelato non soltanto contro il finto alienante ma anche contro gli aventi causa e i creditori di costui (art. 254, primo comma). A tal riguardo si è però distinto tra aventi causa e creditori chirografari del simulato acquirente. Mentre gli aventi causa sono protetti contro le impugnazioni degli autori della simulazione e degli aventi causa o dei creditori del simulato alienante, in modo che il conflitto tra aventi causa e creditori del simulato alienante da un lato e aventi causa del simulato acquirente dall'altro si risolve col vantaggio di questi ultimi; invece, quando si tratta dei creditori chirografari del simulato acquirente, i creditori nel simulato alienante prevalgono nel caso in cui la simulazione è stata compiuta dopo la nascita del loro diritto di credito. Ed è giusto che sia così. E' vero che le due categorie di creditori, del finto alienante e del finto acquirente, si trovano nella stessa situazione, in quanto entrambe, nel far credito, contarono sul patrimonio del debitore e quindi anche su quegli elementi che formarono oggetto della simulata alienazione da essi ignorata; ma i creditori, a differenza degli aventi causa, hanno sul patrimonio e sugli elementi di esso soltanto il diritto generico c. d. di pegno, e di fronte a tale diritto alquanto evanescente la realtà deve prevalere sull'apparenza.

115. — Risolute le principali questioni concernenti l'opponibilità della simulazione, nell'art. 256 si disciplina la prova della stessa. Anche qui si è dovuto distinguere tra impugnazione proveniente da una parte, contro l'altra o contro terzi, e impugnazione proveniente da terzi.

La parte che impugna deve subire le restrizioni stabilite nel libro della tutela dei diritti, circa l'ammissibilità di ta-

lune prove. Invece, per i terzi siffatte restrizioni non possono operare, sia perchè essi non potevano procurarsi la prova scritta della simulazione (art. 81, n. 2, del libro della tutela dei diritti), sia perchè il contratto, di fronte a coloro che non vi partecipano, non è tanto un contratto quanto un fatto giuridico, e le restrizioni di prova, non ai fatti si riferiscono ma ai contratti.

Anche tra le parti non operano le restrizioni là dove si delinei un interesse pubblico, prevalente su quello che può averle determinate, quale è l'interesse alla scoperta e alla repressione dell'illecito contenuto nella convenzione o nella clausola dissimulata. Peraltro, per ammettere libertà di prova occorre che la convenzione o la clausola occultata abbia un contenuto illecito tale da legittimare la parte a farne valere l'invalidità; se illecito fosse soltanto il fatto di avere occultato e questo ferisse interessi di altri soggetti legittimati a farlo valere, le restrizioni della prova riprenderebbero vigore. Il venditore così non potrà invocare libertà di prova per dimostrare che il prezzo convenuto ed occultato era superiore a quello apparente, sul riflesso che l'occultazione del prezzo costituisca un illecito fiscale (art. 105 della legge sul registro 30 dicembre 1923, n. 3269); la parte può invece invocare libertà di prova se intende dimostrare, ad esempio, che l'apparente corrispettivo di una prestazione di lavoro era piuttosto il prezzo del voto favorevole in un concordato.

In tal modo disciplinata la materia della prova della simulazione, la disposizione dell'art. 1319 cod. civ. del 1865 rimane assorbita, anche perchè essa non regolava tanto la questione della prova, quanto l'opponibilità tra le parti della simulazione assoluta o relativa; e la materia dell'opponibilità è stata particolarmente considerata dal nuovo codice con riferimento a tutti i casi in cui la simulazione o la dissimulazione sia comunque dimostrata, anche se non risulti da prova scritta (contro-dichiarazione).

37. — La nullità del contratto.

116. — Oltre che nei casi di mancanza di requisiti essenziali, il contratto è nullo quando viola una norma imperativa della legge, quando la causa è illecita, quando è altrimenti illecito il contratto, quando l'oggetto è impossibile, illecito, non determinato nè determinabile (art. 257).

La violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita. La precisazione risolve altresì la dibattuta questione circa gli effetti della violazione di una norma imperativa in cui non sia espressamente comminata la sanzione di nullità del vincolo: è normale l'effetto dirimente, ma sempre quando la volontà della legge non possa indirizzare a conseguenze diverse.

L'illiceità del contratto, a cui si accenna con formula autonoma, è quella che fa capo ai motivi illeciti, i quali, in base all'art. 174, inficiano il rapporto quando sono comuni a tutti i contraenti.

Non si ha nullità del contratto se l'anormalità che la legge vuole colpire non incide sul complesso del vincolo: così quando essa riguarda una parte del contratto o una clausola senza cui i contraenti avrebbero ugualmente costituito il rapporto (articolo 258, primo comma); così quando la norma giuridica si sostituisce di diritto alla clausola nulla (art. 258, secondo comma) o quando, nei contratti plurilaterali, la nullità colpisce solo il vincolo di un soggetto la cui partecipazione al rapporto non possa ritenersi essenziale (art. 259). In tutti codesti casi la tendenza a conservare il contratto ha consigliato di applicare il fondamentale principio *utile per inutile non vitiatur*.

117. — La nullità vizia il contratto normalmente in modo insanabile (art. 262) e può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio (art. 260). Non è ammesso che il decorso del termine convalidi il contratto (art. 261), ma sono salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione estintiva delle azioni di ripetizione; in modo che solo l'adempimento può determinare, indirettamente, attraverso il decorso del tempo, il consolidamento della nuova situazione giuridica creata dal contratto nullo.

Il contratto nullo si può però convertire in altro valido (art. 263). Tale conversione viene fondata sulla volontà delle parti diretta a realizzare un concreto e comune intento pratico mediante il rapporto da esse costituito; perciò non si richiede soltanto che il contratto nullo abbia gli estremi obiettivi di altro contratto valido, ma deve potersi ritenere che questo contratto sarebbe stato voluto dalle parti se esse avessero conosciuto la nullità di quello che avevano concluso. Come si vede, la legge non ha riguardo alla conversione formale del negozio, ma a quella sostanziale, con la quale si dà effetto alla volontà che i contraenti avrebbero avuto se avessero preveduto che il negozio concluso era nullo. Attraverso un negozio giuridico, le parti mostrano di volere raggiungere un certo fine; il negozio da esse prescelto non ha, di fronte a questo fine, se non una funzione strumentale. In modo che è conforme alla buona fede che ciascuna parte rimanga vincolata agli effetti che si proponeva di trarre dal contratto nullo e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con altro contratto se si fosse rappresentata l'inefficienza giuridica di quello concluso.

38. — L'annullabilità del contratto.

118. — Nel regolare l'azione di annullamento (art. 280 a 285) il libro delle obbligazioni si riferisce espressamente solo all'incapacità (art. 264) e al vizio di consenso di uno delle parti (art. 266), perchè ha voluto considerare esclusivamente le due cause tipiche di invalidità relativa, di invalidità cioè condizionata alla reazione del soggetto nel cui interesse è stata posta la norma violata; ma è chiaro che la disciplina dettata a proposito delle due ipotesi suddette debba osservarsi, in via di massima, anche quando l'annullabilità si ricolleghi a cause diverse.

All'incapacità della parte doveva essere mantenuto l'effetto di rendere annullabile e non nullo il contratto, non solo per la tendenza del libro delle obbligazioni a conservare quanto più è possibile il contratto, ma anche perchè, potendo in concreto il contratto concluso da un incapace non recar danno alla sua sfera economica e giuridica, la sanzione della nullità sarebbe stata sproporzionata. Si è avuto pure riguardo al fatto che l'art. 422 del primo libro considera l'incapacità naturale quale causa di annullabilità e non di nullità del contratto.

119. — L'errore si raffigura come causa di annullabilità anche quando, secondo la terminologia corrente, possa qualificarsi ostativo (art. 268 e 272). Già la distinzione tra l'errore che determina una divergenza tra la dichiarazione e la volontà, e l'errore che vizia la formazione della volontà dichiarata, è difficilmente riconducibile alla tradizione romanistica. Non sempre accolta dalla dottrina moderna, per quanto passata nella pratica della giurisprudenza, la distinzione non giustifica il diverso trattamento delle due ipotesi, perchè la dichiarazione esiste *in re* anche quando sia affetta da errore ostativo, ed essa in tal caso può provocare ugualmente affidamenti di buona fede, le cui conseguenze devono essere salvaguardate.

L'effetto giuridico della dichiarazione non può ritenersi subordinato alla corrispondenza tra dichiarazione e volontà, se il contenuto della dichiarazione deve ricercarsi nell'esteriore contegno del dichiarante e nelle circostanze che lo accompagnano; donde, non soltanto si richiede l'essenzialità dell'errore come condizione perchè il vizio possa farsi valere, ma, almeno per i contratti, anche la sua riconoscibilità (articoli 267 e 268).

Il requisito dell'essenzialità dell'errore viene determinato dal nuovo codice attraverso un'elencazione che ha riguardo ad ipotesi tipiche e che quindi non esprime concetti tassativi. Altri casi di essenzialità potranno essere rilevati dall'interprete, in relazione a singole ipotesi di fatto, quando queste abbiano le medesime caratteristiche delle ipotesi previste dalla legge, per guisa che possano elevarsi fino all'importanza giuridica di queste.

Quanto al requisito della riconoscibilità, esso si è imposto per la considerazione che l'errore occulto del dichiarante non deve turbare le aspettative del destinatario fondate sulla dichiarazione. La buona fede del destinatario non deve essere sacrificata alle esigenze di un intento che non fu palesato, e che perciò non potè essere preso in considerazione dalla controparte nella valutazione complessiva del contegno del dichiarante. Che l'errore debba essere riconoscibile è così conseguenza necessaria dell'indirizzo cui si è ispirato il libro delle obbligazioni in tema di interpretazione del contratto: sarebbe incoerente ammettere che, pur attraverso il mezzo di una pronuncia giudiziale, sia fatto valere in qualche guisa un intento non esteriorizzato, se la sicurezza del credito e degli scambi ha imposto di dare rilevanza giuridica solo all'affidamento creato dal significato che socialmente può darsi alla dichiarazione, nel quale soltanto si concreta e vive l'unico intento che il diritto riconosce e tutela.

Riconoscibilità dell'errore non significa però evidenza del medesimo; ma è un grado di apparenza da adeguarsi agli svariati casi pratici. Perciò l'art. 270 pone il concetto di riconoscibilità in una sfera relativa, che in concreto si costituisce con riferimento al contenuto del contratto, alle circostanze in cui esso giunge a perfezione e alle qualità dei contraenti. Ma un'altra caratteristica riveste il concetto di errore riconoscibile. La sua apparenza deve essere tale che possa essere rilevata da una persona di normale diligenza e senza richiedere indagini maggiori di quelle che tale persona suole fare per individuare la volontà dell'altra parte. Da ciò risulta che la scusabilità cambia di incidenza, e passa dal soggetto che ha emesso la dichiarazione viziata, al destinatario di questa; muta anche di oggetto, perchè non si riferisce più alla formazione dell'errore, ma alla sua mancata scoperta.

120. — Lasciata nell'orbita della mancanza di volontà l'ipotesi di violenza fisica, il nuovo codice ha preso in considerazione la violenza morale.

La nozione di questa violenza ha ricevuto un'importante precisazione: è la minaccia di male ingiusto e notevole (articolo 274) ma è anche la minaccia di un male di per sè non ingiusto, quando è diretta a conseguire vantaggi esorbitanti(articolo 277). Questa estensione del concetto di violenza, già espressa dalla giurisprudenza, sanziona lo smodato uso dei poteri dati dalla legge. Se, minacciando l'usò del proprio diritto, si consegue un risultato, non soltanto eccedente la realizzazione del diritto stesso, ma anche ripugnante ad ogni senso di giustizia, si presume che ciò sia accaduto per una restrizione della libertà di volere, e quindi che sia rimasto viziato il volere di chi ha consentito all'attribuzione ingiusta.

La minaccia è causa di annullamento anche se proviene dal terzo (art. 273), per quanto l'altro contraente sia stato in buona fede; non si è perciò accolta l'aspirazione di chi avrebbe voluto che il contratto rimanesse valido nel caso di violenza del terzo non conosciuta dal contraente, com'è valido quando è stato determinato dal dolo del terzo se l'altro contraente non ne ebbe notizia (art. 278, secondo comma). La diversa disciplina circa gli effetti della violenza e del dolo proveniente da terzi, conforme alla tradizione e adottata dalla maggior parte dei codici moderni, è sorretta da considerazioni di carattere sostanziale. La violenza agisce direttamente sulla libertà del volere, mentre il dolo opera sull'intelligenza che deve guidare il volere stesso. Come pressione diretta, la violenza influisce più gravemente e più irresistibilmente sul processo formativo della volontà; ed è quindi giusto dare, contro di essa, una protezione maggiore di quella che si dà contro il dolo. Non viene tutelato l'affidamento che si era formato a causa dell'ignoranza dell'azione violenta del terzo, perchè è eccessivo far prevalere le esigenze della buona fede di una parte, di fronte alla grave situazione antigiuridica creata dalla minaccia nell'altra parte, che ne è stata vittima; questa situazione ha in sè una antigiuridicità senza dubbio maggiore di quella provocata dal dolo, il quale, in fondo, si risolve in un errore.

Si accenna qui, naturalmente, al dolo *causam dans*, mentre il dolo *incidens* (art. 279) altro effetto non provoca se non quello di obbligare al risarcimento del danno.

121. — Si è data dell'azione di annullamento una disciplina per linee essenziali.

La legittimazione ad agire è, di regola (art. 280, primo comma), attribuita alla parte nel cui interesse il rimedio è stabilito (e ai suoi eredi); solo l'incapacità per interdizione legale può farsi valere da ogni interessato (art. 280, secondo comma).

E' stato conservato, però attribuendogli esplicitamente qualifica di termine di prescrizione, quello quinquennale dell'articolo 1300 cod. civ. abrogato, nel quale solo qualcuno credeva di ravvisare un termine di decadenza (art. 281, primo comma); e ne è risultato così un sistema particolare di prescrizione con regole proprie circa il termine e l'inizio della sua decorrenza, che esclude perciò l'applicazione delle regole stabilite sullo stesso oggetto per la prescrizione ordinaria. Rimane in conseguenza superata la vecchia disputa circa l'assorbimento nella prescrizione ordinaria di quella speciale qui considerata. L'azione di annullamento, se è soggetta ad una prescrizione speciale, non può, nel contempo, soggiacere alla prescrizione ordinaria; le regole di decorrenza di questo sono poi incompatibili con le esigenze della particolare situazione del titolare dell'azione di annullamento, le quali impongono di sospendere il decorso del termine iniziale finchè quegli sia di fatto nell'impossibilità di agire.

Gli effetti dell'annullamento non dipendenti dall'incapacità legale non si estendono ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti a titolo oneroso (art. 284), purchè, trattandosi di beni immobili o di beni mobili registrati, l'acquisto sia trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di annullamento (art. 9, n. 6, libro della tutela dei diritti; art. 47, n. 3, stesso libro). Anche qui, in omaggio al principio della tutela dell'affidamento, si innova al sistema del codice del 1865, per cui l'annullamento determinava inevitabilmente la caducità dei diritti acquistati dai terzi; sistema che era stato ritenuto compatibile con le disposizioni della legge speciale che successivamente aveva imposto la trascrizione della domanda di annullamento.

Quanto alla ripetizione di ciò che sia stato pagato in base ad un'obbligazione annullata per incapacità, si è estesa pure all'incapace naturale la disposizione dell'art. 1307 del codice civile abrogato, non essendosi creduto ragionevole distinguere

tra ripetizione contro l'infermo di mente e ripetizione contro l'incapace legale (art. 282).

122. — Per la convalida si è rimessa alla discrezione del giudice la valutazione del significato di un'esecuzione parziale. Il codice del 1865 regolava il caso con un criterio formalistico, perchè considerava efficace, oltre l'esecuzione totale, quella della maggior parte dell'obbligazione (art. 1309, secondo comma). Talvolta invece anche l'esecuzione di una parte minima, per l'importanza sostanziale che riveste, può contenere ed esprimere la volontà di convalidare il contratto (art. 283, secondo comma).

E' stata soppressa la salvezza dei diritti dei terzi fatta nell'art. 1309, terzo comma, del codice abrogato; in conseguenza i diritti degli aventi causa dal titolare dell'azione di annullamento cadono per effetto della convalida. La ragione è che il contratto annullabile è efficace fino a quando non ne sia pronunciato l'annullamento. Pertanto, l'acquisto, dal titolare dell'azione di annullamento, degli stessi diritti trasferiti ad altri in virtù del contratto annullabile, è subordinato all'annullamento di tale contratto, che faccia venir meno definitivamente la validità del trasferimento anteriore. Ora, convalidando il contratto, il contraente che ha alienato al terzo ha fatto cadere il presupposto cui era subordinata l'efficacia di questo nuovo trasferimento; donde l'inopponibilità di esso a colui a vantaggio del quale la convalida è intervenuta. Tale inopponibilità non pregiudica naturalmente la questione della responsabilità dell'autore della convalida verso il suo secondo avente causa, per l'impegno implicitamente assunto, e non mantenuto, di far valere l'invalidità.

39. — La rescissione del contratto.

123. — Si è denominata azione di rescissione quella con cui una delle parti reagisce contro l'iniquità e la sproporzione del vantaggio conseguito dall'altra per effetto di una condizione subiettiva anormale in cui si trovava la prima.

Non si può disconoscere che in una vita regolata dall'ordinamento corporativo, e quindi dalla proporzione e dalla solidarietà, l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali; rappresenta la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all'autonomia contrattuale. Però, una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato.

Nella ricerca di una formula che fosse valsa per i casi più gravi di squilibrio o di iniquità, si è fatto capo ai risultati che la dottrina aveva raggiunti a proposito dei contratti conclusi in stato di pericolo e in tema di contratti usurari. Si sono così ricavati gli estremi di figure giuridiche generali, a contorni compatibili con l'esigenza di non attenuare la forza obbligatoria dei contratti.

124. — Per i contratti conclusi in stato di pericolo, già la legge 14 giugno 1925, n. 938, sull'assistenza marittima, riprendendo l'art. 127 del codice della marina mercantile, aveva dettato norme applicabili all'ambito della navigazione per mare.

Si trattava di generalizzarle, e l'art. 286, primo comma, vi ha provveduto, subordinando l'azione a due presupposti precisi: l'iniquità delle condizioni a cui ha dovuto soggiacere uno dei contraenti, e il pericolo al quale egli ha voluto ovviare. Il pericolo può riguardare la persona del contraente stesso o quella di un terzo; da codesto aspetto la nozione di stato di pericolo, posta nell'art. 286, primo comma, si identifica con quella di stato di necessità descritta nell'art. 54 cod. pen. e nell'art. 884 di questo libro. Peraltro non si è voluto escludere dal suo ambito anche la situazione psicologica ricollegata ad uno stato di pericolo volontariamente causato o evitabile, che produce egualmente una minorazione nella libertà del volere, per quanto non determini una condizione di non punibilità.

Nella maggior parte dei casi lo stato di pericolo influenza i contratti che hanno per oggetto il salvataggio di chi si è obbligato a condizioni inique. L'opera della controparte è stata prestata e merita compenso; e perciò la rescissione dà diritto alla parte che la subisce di conseguire una retribuzione, proporzionatamente al servizio prestato (art. 286, secondo comma).

125. — Volendo provvedere ai contratti usurari si è assorbita in un'azione di più ampio e di più rigido contenuto quella di lesione già prevista per la vendita. Siffatta generalizzazione riporta nel nostro diritto un istituto prettamente italiano, perchè elaborato dal diritto comune, mentre segue la tendenza accolta nei codici a tipo tedesco e in quelli più moderni; essa non è incompatibile con la permanenza dell'azione di lesione per la divisione (art. 287, quinto comma) perchè quest'ultimo rimedio, come si dirà a proposito della vendita (n. 145), soddisfa ad esigenze proprie della divisione.

Sulla tracce degli articoli 1529 e segg. cod. civ. si è stabilito, quale estremo della lesione, un dato obiettivo, cioè una sproporzione superiore alla metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (art. 287, secondo comma). Ma si è richiesto altresì il requisito soggettivo dell'abuso, a vantaggio proprio, dello stato di bisogno della controparte (art. 287, primo comma) e quello, del resto implicito, che il contratto non abbia carattere aleatorio (art. 287, quarto comma). D'altro canto si è dichiarata inammissibile l'azione, se la lesione non sussiste al momento in cui il giudice pronuncia (art. 287, terzo comma); e si è prevista l'estensione del diritto alla rescissione nel caso in cui il contraente avvantaggiato offra una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità (art. 289).

Con tali requisiti l'azione di lesione si caratterizza in piena autonomia rispetto alla disciplina ricevuta in alcuni codici stranieri. Non si sono considerati nè la grave inesperienza della parte danneggiata nè l'abuso della sua leggerezza che i codici stessi prendono in considerazione, per non dare all'azione un'eccessiva estensione, specie con riferimento alla più ristretta ipotesi dell'art. 644 cod. pen., al quale il codice civile ha voluto rigorosamente coordinarsi. Al codice penale quello civile si ricollega fino al punto da lasciar presumere che si sia voluta dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nell'art. 644 suddetto. E' questa anzi la portata prevalente dell'azione generale di lesione introdotta con l'art. 287, in quanto saranno rari i casi (permuta di immobili, contratti con reciproco scambio di prestazioni da fare) in cui l'azione stessa potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale.

Non è in contrasto con il codice penale l'assoggettamento dell'azione alla condizione del perdurare della lesione nel tempo in cui il giudice pronuncia su di essa, perchè la norma penale considera il contratto usurario con esclusivo riferimento al tempo in cui è stato posto in essere: la norma

civile invece concerne gli effetti di quel contratto nel momento in cui l'azione è proposta, e non esclude che il reato, già commesso, possa essere ancora perseguito.

126. — La rescissione assume aspetti propri in confronto all'azione di annullamento: non si possono applicare i principii della convalida (art. 290), e la pronunzia non pregiudica i diritti dei terzi, anche se acquistati a titolo gratuito, salvi i principii della trascrizione (art. 291). L'azione si prescrive entro un anno, anzichè in cinque come per l'annullamento; ma si applica il maggior termine di prescrizione del reato, se il fatto lesivo rientra fra gli illeciti penali (art. 288).

40. — Il recesso dal contratto.

127. — Il recesso è una causa di scioglimento del contratto, legittimato da una particolare disposizione di legge o dalla volontà delle parti: il libro delle obbligazioni regola solo l'esercizio del recesso convenzionale, con norme sulle quali prevale la contraria volontà delle parti (art. 202, quarto comma). In base a queste norme, il recesso è precluso quando del contratto si è iniziata l'esecuzione (art. 202, primo comma); se si tratta di contratto ad esecuzione continuata o periodica, il recesso può essere esercitato anche durante l'esecuzione del contratto, ma non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso d'esecuzione (art. 202, secondo comma).

La disciplina posta nell'art. 202 è integrata dall'art. 215, che regola la caparra penitenziale (n. 96). Il recesso contro corrispettivo ha effetto soltanto dopo la prestazione di questo (art. 202, terzo comma).

Non si è voluto dare una disciplina più dettagliata dell'istituto, perchè esso appare con particolarità proprie in ogni contratto nel quale può ammettersi; basti pensare alle differenze che involge quando concerne la somministrazione (art. 408), l'affitto (art. 455), il conto corrente (art. 695), l'assicurazione (articoli 733, primo comma, 737, primo comma, 738, secondo comma, 739, primo comma, 758, terzo e quarto comma), la cessione dei beni ai creditori (art. 825), il lavoro (art. 64, primo comma, libro del lavoro), rispetto ai casi di recesso nel contratto di società (art. 220, primo e secondo comma, libro del lavoro).

41. — La risoluzione del contratto.

128. — La risoluzione può verificarsi esclusivamente rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive, e cioè non soltanto rispetto ai contratti che implicano obbligazioni per entrambi le parti, secondo la definizione dell'art. 1099 cod. civ. del 1865, ma ad ogni contratto che abbia per oggetto attribuzioni patrimoniali reciproche in situazione di sinallagma, ossia in ogni caso in cui l'attribuzione procurata o promessa ad una parte è scopo dell'attribuzione procurata o promessa all'altra, anche se l'esecuzione della prestazione di una delle parti sia requisito di perfezione del contratto (c. d. contratti reali). Qualunque anomalia che alteri questo rapporto di interdipendenza, può ripercuotersi sulla vita del contratto, se impedisce che questo realizzi il bisogno per la cui soddisfazione era stato concluso.

Anomalie influenti sul sinallagma sono l'inadempienza di una delle parti e l'impossibilità o l'eccessiva onerosità della prestazione dovuta da una di esse. A causa dell'inadempienza di una delle parti o della impossibilità di una delle prestazioni viene meno il rapporto funzionale tra le reciproche attribuzioni; a causa dell'eccessiva onerosità si crea uno squilibrio tra le attribuzioni medesime, in modo tale che gli effetti del contratto non sono più corrispondenti alla volontà iniziale delle parti. La comune conseguenza cui adducono ciascuna delle cennate situazioni, di rompere il vincolo di corrispettività e quindi di togliere giustificazione alla prestazione o alla controprestazione, ha condotto ad un avvicinamento delle medesime sotto l'unico profilo della risoluzione del contratto, in modo che questa viene considerata dal codice come rimedio concesso per ogni caso di mancata realizzazione del sinallagma.

129. — L'inadempimento di una delle parti legittima la domanda di risoluzione solo se abbia notevole importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte (art. 294; cfr. anche art. 364). Il principio, non ostante il silenzio del codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica comune quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. La giurisprudenza ne aveva fatto applicazioni varie escludendo valore non soltanto all'inadempimento di un obbligo contrattuale accessorio, ma anche a quello di un'obbligazione principale se l'inadempimento stesso, per le modalità e le circostanze, appariva di lieve entità. Il principio è ripetuto nell'art. 403 a proposito della somministrazione, per precisarne la portata rispetto a questo contratto, il quale infatti può essere risoluto per inadempimento soltanto se questo sia tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti.

La risoluzione può essere chiesta anche se la parte fedele ai propri obblighi aveva promosso giudizio per ottenerne l'esecuzione; il che è ovvio dato che perdura lo stato di violazione del contratto. Non è invece consentito che la domanda di risoluzione si muti in domanda di adempimento (art. 292, secondo comma); scegliendo la risoluzione, il contraente implicitamente dichiara di non avere più interesse al contratto, e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione. Reciprocamente, la domanda di risoluzione impedisce la purgazione della mora (art. 292, terzo comma); per non indulgere eccessivamente verso il debitore, il nuovo sistema nega ogni diritto a dilazione giudiziaria.

Quando non vi è clausola risolutiva espressa, la risoluzione si può ottenere mediante un procedimento monitorio di diffida ad adempiere (art. 293), che rinvia il contraddittorio sulla controversia conseguente all'inadempimento, subordinandolo ad un'opposizione dell'inadempiente. Il creditore intimerà al debitore, per iscritto, di adempiere in un termine, non inferiore a quindici giorni, salva diversa convenzione o salvo che, per la natura del contratto o in base agli usi, risulti congruo un termine minore. La diffida deve contenere la dichiarazione che, decorso inutilmente il termine stabilito, il contratto si intenderà risoluto; e infatti la persistente inadempienza del debitore provoca la risoluzione *ipso iure*.

Come si è detto nella parte introduttiva di questa relazione (n. 12), si è evitato l'effetto automatico assoluto, tanto della clausola risolutiva espressa quanto del termine essenziale. Tale automatismo potrebbe non corrispondere più all'interesse del creditore nell'atto in cui l'inadempimento si verifica: il creditore può quindi rinunciare all'effetto della clausola risolutiva espressa non dichiarando di volersene valere (art. 295, secondo comma); può rinunciare all'effetto del termine essenziale domandando entro tre giorni l'esecuzione tardiva (articolo 296, primo comma). In caso di termine essenziale la dichiarazione del creditore è sottoposta a decadenza, perchè normalmente i contratti a termine essenziale hanno per oggetto prestazioni di valore variabilissimo e non deve consentirsi al creditore di speculare senza limiti di tempo sulle possibilità alternative di conseguire la prestazione o il risarcimento.

Gli effetti della risoluzione per inadempimento sono stabiliti negli articoli 297 e 298 con riferimento anche ai contratti

plurilaterali rivolti a realizzare uno scopo comune; i limiti entro cui è consentito sospendere o rifiutare l'adempimento sono determinati negli articoli 299, 300 e 301 con riferimento all'*exceptio inadimpleti contractus*, al mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti e alla clausola *solve et repete*.

130. — La sospensione della prestazione è considerata legittima quando è conforme a buona fede (articoli 299 e 300; cfr. anche articoli 404, secondo comma, 662, e 799, primo comma); così, se la prestazione non adempiuta è di lieve importanza, l'inadempimento di una parte non può invocarsi dall'altra per giustificare il proprio. Anche quando talvolta la legge consente la sospensione di fronte ad una inadempienza di lieve entità (art. 404, secondo comma), la deviazione del principio generale di proporzione è soltanto apparente, perchè si pone in tal caso l'obbligo di preannunziare la sospensione della propria prestazione; in modo che la persistenza dell'inadempimento, nella specifica ipotesi legale, converte in grave ciò che grave di per sè non sarebbe.

E' da notare il ristretto ambito entro cui funziona la clausola del *solve et repete* (art. 301). Essa non impedisce di opporre le eccezioni di nullità, di annullabilità o di rescindibilità del contratto, perchè tali impugnative investono l'efficacia stessa della clausola, che non può esplicare validamente la sua funzione prescindendo dalla valida esistenza del contratto che la contiene. Nell'ipotesi poi in cui ha pieno effetto, la clausola non deve servire a preordinare un'autotutela quando motivi gravi inducono a ritenere che ciò sia esorbitante. Il giudice, delibando l'eccezione, può constatare che essa presenta elementi di fondatezza, che vi sia addirittura già una prova semipiena o che sia possibile una pronta indagine sull'eccezione: in tal caso, se si ammettesse una pronunzia sulla domanda, che non tenga conto delle eccezioni, si rivestirebbe il contratto di una forza giuridica superiore a quella che ha il titolo cambiario, contro il quale, non ostante il tradizionale rigore della relativa materia, sono opponibili le eccezioni personali di non lunga indagine (art. 65, secondo comma, legge cambiaria). Perciò l'art. 301 consente che il giudice, anche di fronte alla clausola del *solve et repete*, possa rinviare la pronunzia sulla domanda quando esistono gravi motivi che giustificano una sospensione della condanna; salvo, a somiglianza di quanto dispone la legge cambiaria, il potere di imporre al debitore, se del caso, una cauzione.

131. — Altra causa di risoluzione del contratto con obbligazioni reciproche è l'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni (articoli 302 a 305).

Si muove sempre dalla tutela della funzionalità del sinallagma quando si stabilisce che la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione non può chiedere la controprestazione ed è tenuta a restituire quella che abbia ricevuta (art. 302). Ciascuna delle parti si era obbligata a scopo di scambio; perciò, divenuto obiettivamente impossibile tale scambio, viene pure a rendersi impossibile l'esecuzione di tutto il rapporto. Naturalmente l'impossibilità temporanea non dà luogo a un fenomeno estintivo ma a un effetto sospensivo, tranne che, come si è già rilevato (n. 43), essa si prolunghi di tanto da rendere inutile la prestazione per il creditore (art. 86, secondo comma).

Lo scambio può essere realizzabile parzialmente, il che accade allorchè l'impossibilità ha colpito soltanto una parte della prestazione. Il rapporto allora, pur ridotto di contenuto, non si estingue per la parte della prestazione ancora eseguibile; ma si è risospinti verso l'ineseguibilità totale quando l'adempimento parziale non soddisfa lo scopo dello scambio (art. 303). E' dato al creditore, in quest'ultima ipotesi, il diritto di recedere dal contratto; diritto che egli potrà esercitare soltanto quando manchi un apprezzabile suo interesse alla prestazione del residuo.

Questi principii, per l'art. 304, si applicano in vario modo, secondo che l'alienazione concerne una cosa determinata o cose dedotte genericamente.

132. — Nei contratti di alienazione (trasferimento della proprietà, costituzione o trasferimento di diritti reali) aventi per oggetto un corpo certo e determinato, occorre distinguere il caso in cui l'alienazione deve avere immediato effetto reale dai casi in cui tale effetto sia differito per l'esistenza di un termine o di una condizione.

Se l'alienazione ha immediato effetto reale (art. 304, primo comma), il rischio posteriore al contratto incide, indipendentemente dalla consegna, sull'acquirente, divenuto proprietario della cosa, senza che derivino ripercussioni sulla controprestazione, perchè questa è definitivamente acquisita all'alienante e deve quindi essere ugualmente prestata non ostante il perimento della cosa alienata.

Se l'effetto reale dell'alienazione è differito alla scadenza di un termine (art. 304, secondo comma), il rischio del perimento verificatosi nell'intervallo è sopportato egualmente dall'acquirente perchè l'alienante, con la manifestazione del suo consenso, ha prestato tutta la cooperazione che da parte sua era necessaria perchè potesse verificarsi l'effetto traslativo. Su di lui possono incombere soltanto obblighi di carattere accessorio (ad esempio, l'obbligo di consegnare), che non sono però il corrispettivo dell'obbligo di pagare il prezzo assunto dall'acquirente. L'effetto traslativo, che è il risultato peculiare del contratto, si verifica infatti automaticamente col sopraggiungere del termine, indipendentemente da ogni ulteriore atto di volontà dell'alienante.

Nell'alienazione sotto condizione sospensiva il rischio viene accollato all'alienante per tutto il tempo di pendenza della condizione (art. 304, quarto comma); e ciò sul riflesso che, al momento in cui la condizione si verifica e il contratto acquista efficacia, manca l'oggetto e il contratto è nullo. L'ipotesi qui contemplata è il rovescio di quella prevista nell'articolo 176; l'una e l'altra sono ipotesi in cui si devia dal principio della retroattività della condizione.

L'impossibilità oggettiva si può prospettare anche nella vendita di cose dedotte genericamente, per quanto in essa operi per casi eccezionali (ad esempio, caso d'istituzione di monopolio). Se l'impossibilità sopravviene prima della specificazione, l'alienante, non avendo ancora adempiuto all'obbligo di trasferire la proprietà, che si attua appunto mediante la separazione, non può esigere l'adempimento della prestazione corrispettiva; il rischio dell'impossibilità graverà allora su di lui (art. 304, terzo comma). Se invece l'impossibilità sopravviene dopo la specificazione, essendosi ormai determinato l'oggetto del contratto, la situazione giuridica si profila uguale a quella che si ha nel caso di alienazione di corpo certo e determinato, e si applicheranno quindi, quanto all'incidenza del rischio, i principii che regolano quest'ultimo caso.

133. — Infine il contratto si risolve, con gli effetti stessi stabiliti per la risoluzione a causa di inadempimento, quando la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa (art. 306).

Si introduce così, in modo espresso e in via generale, il principio dell'implicita soggezione dei contratti corrispettivi alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e quindi in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri.

In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi

straordinari sui contratti in corso; ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata anche la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno.

La rigorosa limitazione dell'efficacia della clausola ad eventi che non possono assolutamente farsi rientrare nelle rappresentazioni che ebbero le parti al tempo del contratto, esclude il pericolo di eccessi; ma garantisce contro tal pericolo anche la rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità, che per il nuovo codice non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 306, secondo comma) o quando il contratto è essenzialmente o convenzionalmente aleatorio (art. 308: vendita a termine dei titoli di credito, rendita).

Temperamento del potere di chiedere la risoluzione è il diritto della parte, contro cui la risoluzione è domandata, di offrire un'equa modificazione delle condizioni del contratto (art. 306, terzo comma).

Non si fa distinzione tra contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti ad esecuzione differita. Infatti, l'ammissibilità della clausola non può farsi ragionevolmente dipendere dalla natura particolare della prestazione periodica o continuata. Anche l'obbligazione a termine è, come quella a prestazione periodica o continuata, un'obbligazione ad esecuzione differita; e sta nel differimento dell'esecuzione, e non nella periodicità o continuità della prestazione, la ragione di una tutela che vuole evitare le dannose conseguenze economiche del sovvertimento dell'equilibrio contrattuale voluto dalle parti: questo sovvertimento può verificarsi, così quando la prestazione deve essere eseguita ad un termine unico, come quando deve essere eseguita a periodi o in continuità. Non si è distinto nemmeno tra contratto a lungo termine e contratto a termine breve. A ben guardare, l'estremo dell'assoluta imprevidibilità dell'evento, su cui si fonda la clausola *rebus sic stantibus*, si può riconoscere più difficilmente in un contratto a lungo termine, anzichè in un contratto a termine breve: in un contratto del primo tipo (ad esempio, enfiteusi, rendita perpetua, ecc.), le parti non potranno mai dire che non fosse genericamente prevedibile un radicale mutamento della situazione economica, in dipendenza dei molteplici eventi che possono sopravvenire durante il lungo spazio di tempo in cui i contratti stessi devono spiegare il loro effetto. Per converso, quando per l'esecuzione di un contratto è stabilito un termine di breve durata, molto più facile è che non si preveda un avvenimento straordinario, nel tempo che intercede tra l'assunzione della obbligazione e l'adempimento.

134. — La clausola *rebus sic stantibus* adduce a una semplice revisione del contratto non solamente nel caso, già ricordato, in cui la parte, di fronte alla domanda di risoluzione, offra di esso un'equa modificazione, ma anche per i contratti che hanno per oggetto obbligazioni di una sola delle parti; per questi contratti il nuovo codice ammette, secondo i casi, una riduzione delle obbligazioni assunte o un mutamento nel contenuto di esse, capace di ricondurre ad equità l'economia del rapporto (art. 307).

Si ha poi sola revisione di corrispettivo nell'appalto (articolo 503); mentre, in altre ipotesi (art. 462), il sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni può portare, secondo le circostanze, a revisione di una di esse o a risoluzione.

V.

42. — La vendita.

135. — Questo contratto rientra nell'attività quotidiana di ogni ceto di persone; e perciò in tutti i codici comparisce in testa alla parte speciale dei contratti. Maggiore importanza peraltro esso è venuto ad assumere a causa della fusione di tutte le norme relative alla vendita di cose mobili, finora sparse nel codice civile, nel codice di commercio e nelle leggi speciali.

Questa nuova situazione legislativa ha imposto anzitutto una diversa sistemazione, meglio rispondente alle esigenze di ordine e chiarezza. Nel vecchio codice infatti le norme sulla vendita mobiliare ed immobiliare erano disordinatamente commiste, tanto che era difficile comprenderne il singolo riferimento; nel nuovo codice invece si è nettamente separata la disciplina della vendita di cose mobili dalla disciplina della vendita di cose immobili, per quanto l'una e l'altra siano rimaste dominate da norme generali, comuni ad ogni tipo di vendita.

Nel codice abrogato si dava maggior rilievo alla vendita immobiliare in omaggio a un vecchio e superato orientamento economico. Il nuovo codice invece ha sviluppato notevolmente la disciplina della vendita mobiliare, considerando sia la sua maggiore frequenza rispetto a quella immobiliare sia l'importanza che ha assunto nell'economia moderna la ricchezza mobiliare.

§ 1. — *Le norme di carattere generale.*

136. — La vecchia e tradizionale nozione legislativa del contratto di vendita, derivata dal codice francese, sembrava porre esclusivamente in rilievo il contenuto obbligatorio del contratto (« si obbliga a dare »). L'art. 309 dà invece preciso risalto al suo contenuto reale, perchè questo contenuto, nel nostro sistema, è il momento essenziale della vendita e serve anche a differenziare senz'altro questa dalla promessa bilaterale. La confusione tra i due rapporti, che si riscontrava nella pratica e si rifletteva nello sforzo incessante della giurisprudenza rivolto alla loro discriminazione, era la non ultima conseguenza dell'equivoca definizione data al contratto nel codice del 1865, che lasciava nell'ombra il contenuto reale facendolo quasi dipendere da quello obbligatorio. E' ben vero che i due momenti possono non coincidere, come nella vendita alternativa, nella vendita di cosa futura o di cose generiche, nella vendita con riserva di proprietà e in quella di cosa altrui. Ma tali contingenti deviazioni non intaccano il principio basilare per cui il trapasso è sempre conseguente alla dichiarazione di volontà; principio che, nei casi cennati, trova, non un complemento, ma una condizione di efficacia, nell'avveramento delle situazioni originariamente considerate come produttive dell'effetto traslativo. Il contenuto obbligatorio del contratto determina peraltro la disciplina ulteriore, che è diretta infatti a stabilire gli obblighi rispettivi del venditore e del compratore.

137. — La vendita della cosa altrui, che l'abrogato sistema positivo regolava con le antitetiche norme degli articoli 1459 cod. civ. e 59 cod. com., viene ora inquadrata nel più ampio concetto della vendita obbligatoria (art. 317).

E così viene sostituito un regolamento unitario, per il quale è anzitutto valida ed automaticamente consolidabile ogni vendita di cosa altrui, conclusa con piena consapevolezza dell'alienità da parte dei due contraenti; infatti, lo si è detto (n. 7), il venditore è obbligato a fare acquistare al compratore la proprietà della cosa quando l'acquisto non sia l'effetto immediato del contratto.

Se, per contrario, la cosa venduta come propria sia di proprietà altrui ed il compratore ne era ignaro, si ha un caso non più di nullità, ma di risoluzione del contratto (articolo 318); la relativa azione può però essere evitata quando nel frattempo il venditore diventi proprietario, e procuri così tempestivamente ed automaticamente, la proprietà al compratore. Lo stesso avviene per l'alienità di una parte della cosa venduta, di importanza notevole per l'acquirente (art. 319); mentre, il semplice pericolo della rivendica, purchè sempre ignoto fin dall'origine, può solo dar luogo alla sospensione del pagamento del prezzo non ancora corrisposto (art. 320).

La sospensione stessa è legittima anche quando la cosa venduta risulti gravata da garanzie reali o da altri vincoli non dichiarati dal venditore e ignorati dal compratore (articolo 321, primo comma); ma allora il compratore ha il diritto di far fissare dal giudice un termine entro cui il venditore deve provvedere a liberare la cosa dai vincoli medesimi. Decorso inutilmente questo termine, il contratto di vendita è risoluto (art. 321, secondo comma).

Fuori dei casi contemplati negli articoli 318 a 321, si rientra nel campo dell'evizione, la cui disciplina, opportunamente migliorata, non differisce gran che da quella anteriore.

138. — Più profonde innovazioni si riscontrano invece a proposito della garanzia dovuta dal venditore per i vizi ed i difetti della cosa.

Come è noto, il codice civile anteriore stabiliva vari termini di decadenza per l'esperimento dell'azione redibitoria fondata sui vizi veri e propri della cosa, mentre ogni difetto di qualità, essenziale o pattuita, dava luogo alla risoluzione contrattuale, soggetta alla lunga e pieghevole prescrizione ordinaria. D'altro canto il codice di commercio aggiungeva una seconda brevissima decadenza di due giorni per la mancata denunzia del vizio. Così, una prima e difficile indagine giudiziale incideva sulla distinzione tra vizio e difetto di qualità, ed una seconda tra rapporti civili e commerciali.

La statistica impressionante delle liti in questo settore ed i riflessi gravi sull'economia stessa del contratto, hanno indotto ad affrontare e risolvere il problema in modo unitario quanto ai termini ed alle condizioni per l'azione, pur non giungendo alla parificazione integrale, adottata da alcune legislazioni straniere. Il nuovo sistema, racchiuso nelle norme degli articoli 329 a 336, nonchè dell'art. 350, si può così riassumere: i vizi apprezzabili e non facilmente riconoscibili e i difetti di qualità non tollerabili, pur dando luogo a due diverse azioni, e cioè, rispettivamente, alla redibitoria (in alternativa con la *quanti minoris*) ed all'ordinaria risoluzione, sono unificati nell'ulteriore trattamento perchè entrambi devono essere denunciati entro otto giorni a pena di decadenza e entro il termine prescrizionale di un anno.

Questo semplificato meccanismo fissa in brevi termini la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del contratto. Finora, tra l'altro, sotto la pressione delle cose e delle complicate sanzioni, la giurisprudenza, per ragioni pratiche, era stata indotta a deviare dai precisi concetti di vizio e di difetto di qualità; mentre adesso l'*aliud pro alio*, ai fini di evadere dal secondo comma dell'art. 336, si avrà soltanto quando la cosa rientri in un genere del tutto diverso da quello contrattato.

139. — L'istituto del riscatto convenzionale è stato mantenuto, in vista di una considerevole esigenza del venditore bisognoso; esso può anche temperare le conseguenze dell'abolizione dell'azione speciale di lesione, prevista, per la vendita immobiliare, dal codice del 1865.

Ben considerati però i punti sui quali insorgono spesso controversie, il nuovo codice introduce, tra l'altro, due norme (articoli 341 e 342), di cui la seconda ha l'intento di stroncare un frequente tentativo di speculazione da parte del venditore che, senza avere i mezzi per adempiere alla sostanziale condizione risolutiva (restituzione del prezzo), gioca sulla più o meno seria dichiarazione di voler riscattare; e la prima ha lo scopo di venire incontro al compratore con moderate agevolazioni, qualora l'obbligo di rimborsare gli eventuali miglioramenti renda assai oneroso l'adempimento integrale immediato. Perciò è stabilito che la dichiarazione di riscatto (da farsi per iscritto quando ha per oggetto immobili) deve essere accompagnata dai dovuti versamenti già liquidi, la cui offerta reale, in caso di rifiuto o di contestazioni, può e deve farsi entro gli otto giorni successivi alla scadenza del termine. D'altro canto, quando la ritenzione per il rimborso delle spese utili apparisca sproporzionata e gravosa, il giudice può accordare al riscattante una dilazione con le cautele che reputi necessarie.

Si è poi opportunamente ridotto a due anni il termine per il riscatto delle cose mobili (art. 340); ma, in verità, riguardo a queste, l'acquisto di buona fede può rendere effimeri gli effetti reali del patto, salvi sempre gli effetti obbligatori.

§ 2. — *Le norme relative ad alcuni tipi di vendita.*

140. — La sistemazione organica di tutte le norme concernenti la vendita di cose mobili ha consentito di porre alcuni importanti principii generali.

Alcuni di essi si sono già richiamati discorrendo della unità del diritto delle obbligazioni (n. 7); così l'art. 349 circa la determinazione del luogo di consegna e la possibilità, nella vendita di cose da trasportarsi da un luogo ad un altro, di liberarsi dall'obbligo della consegna mediante rimessione della cosa al vettore o allo spedizioniere; così gli articoli 352 a 355 concernenti l'accertamento dei vizi della cosa, il deposito di essa e l'esecuzione coattiva. Le altre regole generali riguardano la garanzia per il buon funzionamento della cosa venduta (art. 351), la risoluzione di diritto (art. 356), la determinazione in via normale dell'ammontare del risarcimento (articolo 357), la restituzione di cose non pagate (art. 358).

La garanzia per il buon funzionamento della cosa venduta, di frequente applicazione pratica per i macchinari e le altre cose simili, ha origine convenzionale o usuale (art. 351). Essa opera, come la redibitoria per i vizi non riconoscibili e la risoluzione per i difetti di qualità, con il doppio giuoco di un termine di decadenza per la denuncia del difetto di funzionamento e di un termine di prescrizione per l'esercizio della azione. Ma non è in potere del compratore di scegliere la via dell'azione in risoluzione, se è possibile la sostituzione o la riparazione della cosa. Questa sostituzione o questa riparazione sarà ordinata dal giudice entro un termine conveniente se il venditore la offra; e semprechè l'uno o l'altro provvedimento sia giustificato dalle circostanze, apprezzate anche con riferimento all'economia del contratto.

La risoluzione di diritto (art. 356) è regolata mercè la fusione degli articoli 67 cod. comm., a carattere generale, con l'art. 1512 cod. civ. del 1865, che considerava esclusivamente la risoluzione a favore del venditore.

La determinazione del risarcimento è stata affidata ad un criterio normale solo nelle vendite di cose che hanno un prezzo corrente, allo scopo di conseguire un risultato pronto e sicuro (art. 357).

L'art. 358 segue la via tracciata dal vecchio codice civile nell'art. 1513, che è stato corretto in quanto qualificava azione di rivendicazione quella che è una vera e propria azione di restituzione. La proponibilità della relativa istanza ha trovato nuovo limite nel caso in cui le cose vendute siano state pignorate o sequestrate da creditori di buona fede.

141. — La vendita con riserva di proprietà fino al pagamento del prezzo, largamente diffusa nella pratica, si conveniva spesso con patti che assumevano o potevano assumere, in fatto, carattere usurario ai danni del compratore.

Negli articoli 364 e 365 il compratore trova un'idonea tutela o mercè l'applicazione di principii di portata più generale o mercè l'introduzione di principii nuovi, che peraltro si adeguano al bisogno di una concorrente tutela del venditore.

Nel primo senso è l'art. 364 il quale, con riferimento al principio consacrato nell'art. 294, dispone che l'inadempimento da parte del compratore non conduce senz'altro alla risoluzione del contratto, nè fa perdere al compratore il beneficio del termine per le rate di prezzo successive, qualora si riferisca a una sola rata, e questa sia di ammontare non superiore all'ottava parte del prezzo della cosa.

L'art. 365 fa poi salvo al compratore il diritto di recuperare le rate pagate, se il contratto di vendita sia risoluto per inadempimento di lui, mentre, secondo le clausole contrattuali diffuse nella pratica, nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, il venditore avrebbe diritto alla restituzione della cosa e a trattenere le rate di prezzo riscosse, a titolo di compenso per l'uso della cosa fatto dall'altro contraente. Per contro, anche le ragioni del venditore sono rispettate nella misura in cui sembrano meritevoli di tutela, disponendosi che sia da corrispondere al venditore un equo compenso per l'uso della cosa (la quale, anche senza pensare a incuria del compratore, subisce un naturale deperimento) e che, dove ne sia il caso, sia dovuto anche il risarcimento dei danni. Quando le parti abbiano preventivamente liquidato il danno in una misura uguale all'importo delle rate pagate, è conferito al giudice il potere di ridurre l'indennizzo convenzionale, a somiglianza di quanto è disposto, per la penale eccessiva, nell'art. 213.

Le disposizioni anzidette sono cogenti, il che, dichiarato espressamente nell'art. 364, si ricava implicitamente anche dal terzo comma dell'art. 365, in base al quale le norme che regolano la risoluzione del contratto sono estese all'ipotesi in cui, sia pure senza lo scopo di frodare la legge, la riserva di proprietà sia configurata come locazione, e sia stabilito che, al termine del contratto, la proprietà della cosa resti acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti.

142. — Un altro gruppo di questioni relative alla vendita a rate con riserva di proprietà è risolto con gli articoli 362 e 363.

Nella vendita stessa, con la consegna della cosa venduta ne è trasferito il godimento dell'utilità già prima che se ne trasferisca la proprietà. Godendo del contenuto patrimoniale del diritto di proprietà, è giusto che l'acquirente sopporti anche il rischio del perimento della cosa (art. 362).

Si sono disciplinati gli effetti della riserva di proprietà nei confronti dei terzi, considerandosi specialmente (art. 363, primo comma) le questioni che insorgono quando si faccia luogo a procedimento esecutivo individuale contro il compratore a rate: per l'opponibilità della riserva di proprietà da parte del venditore ai creditori del compratore, è richiesto almeno l'atto scritto (privato), che sia di data certa (da stabilirsi in base ai requisiti fissati nell'art. 61 del libro della tutela dei diritti), e che sia di data anteriore al pignoramento.

Per l'ipotesi di vendita con riserva di proprietà avente per oggetto macchine di rilevante valore, si sono invece tenuti presenti i rapporti tra alienante e terzi acquirenti dal compratore (art. 363, secondo comma). Quale presupposto di opponibilità a questi ultimi, si è utilizzata la pubblicità che il codice di commercio disponeva per il privilegio del credito relativo al prezzo, nel caso di fallimento dell'acquirente (articolo 773, n. 3): questo privilegio è ora regolato, in via più generale, dall'art. 119 del libro della tutela dei diritti.

143. — Nel disciplinare la vendita su documenti si è avuto riguardo alla sola funzione rappresentativa attribuita ai documenti medesimi, che si risolve nel farne ritenere la consegna giuridicamente equivalente alla consegna delle merci. Questa funzione è riconosciuta dagli articoli 366 e 367; cosicchè, rimettendo i documenti rappresentativi, e quegli altri che il contratto prevede (ad esempio, polizza di assicurazione), il venditore resta liberato dall'obbligo della consegna delle merci nella loro materialità, e ha diritto al pagamento del prezzo e degli accessori. Ha diritto a tale pagamento però sempre che i titoli rappresentativi e i documenti annessi siano regolari e al completo, e qualora non risulti già dimostrato che le cose oggetto della vendita, per le loro qualità e per il loro stato, presentino anomalie rilevanti avuto riguardo agli obblighi incombenti sul venditore (art. 367).

I rischi del trasporto nella vendita di merci già in viaggio gravano sul compratore a partire dal momento della consegna al vettore, solo nel caso che le merci siano assicurate e che la polizza di assicurazione sia stata consegnata al compratore stesso (art. 368, primo comma): si prende in considerazione l'ipotesi di vendita successiva all'imbarco o alla spedizione, e si tiene conto del fatto che, anche quando, al momento della vendita, la cosa era già perita, la polizza di assicurazione ne rappresentava il valore, per cui non si profilerebbe mai l'ipotesi di vendita senza oggetto. La norma però non vale nel caso di malafede dell'alienante (art. 368, secondo comma).

L'art. 369 regola l'ipotesi in cui il pagamento del prezzo debba avvenire a mezzo banca contro presentazione di documenti. Allora (art. 369, primo comma) il compratore è coperto, verso il venditore, dalla responsabilità della banca (obbligata principale) in ordine al pagamento del prezzo, e soltanto in via sussidiaria il compratore può essere chiamato a rispondere verso il venditore, beninteso previa constatazione, da effettuarsi nelle forme stabilite dagli usi, del rifiuto della banca di pagare il prezzo delle merci; la constatazione va fatta al momento della presentazione dei documenti da parte del venditore. Per quanto concerne la particolare forma che nella pratica è conosciuta sotto la denominazione di apertura di credito irrevocabile o confermata, e per la quale la banca resta impegnata verso il venditore a non revocare la sua promessa, il codice dispone (art. 369, secondo comma) che le eccezioni opponibili dalla banca al venditore sono soltanto quelle dipendenti dall'incompiutezza o dall'irregolarità dei documenti e quelle relative alle condizioni alle quali essa banca si è obbligata verso il venditore. Resta così esclusa ogni diversa eccezione.

144. — La vendita dei titoli di credito è stata trattata dal codice limitatamente a quella vendita a termine, che, secondo la terminologia corrente, si denomina a mercato fermo; rimanendo esclusi i contratti detti a premio, che hanno limitata importanza pratica, e il contratto per contanti, che non offre particolarità notevoli, e per il quale possono bastare le regole generali sulla vendita mobiliare, combinate con quelle stabilite dagli usi di borsa.

Grave controversia pratica è sorta circa i c. d. diritti accessori dei titoli che sono oggetto di vendita a termine e circa gli obblighi accessori alla vendita (versamenti sui titoli non liberati). Gli uni e gli altri, in forza degli articoli 370 e 373, incidono immediatamente e in definitiva sul compratore, mentre il diritto di voto inerente ai titoli azionari, è attribuito al venditore sino al momento della consegna del titolo, ossia sino al momento dell'esecuzione del contratto. Quanto al diritto di opzione che sia annesso ai titoli azionari, sono fissati alcuni doveri a carico del venditore (art. 371).

Con l'art. 374 si sono regolati gli effetti della proroga dell'esecuzione del contratto a termine su titoli, disponendosi che una delle parti contraenti deve all'altra l'eventuale differenza tra il prezzo dei titoli fissato in contratto e il prezzo corrente nel giorno della scadenza del contratto medesimo. Il richiamo a usi diversi, fatto nell'articolo predetto, si riferisce alla pratica, costante in materia di contratti a termine stipulati per il tramite di agenti di cambio, di effettuare la proroga del contratto, impiegando la forma estrinseca del riporto, senza che peraltro vi si accompagni la consegna effettiva dei titoli, richiesta per il riporto dall'art. 388, e richiesta già, come è noto, dal secondo comma dell'art. 73 del codice di commercio. Si pone a carico di una delle parti l'eventuale differenza tra i prezzi, assumendo come termini di riferimento, da un lato il prezzo dei titoli fissato in contratto, dall'altro il c. d. prezzo di compenso, stabilito mensilmente dagli organi sindacali degli agenti di cambio.

Poichè i contratti a termine su titoli possono stipularsi anche senza il tramite di un agente di cambio, con l'art. 375 si è rinviato, per la disciplina dell'inadempimento di essi, ai principii generali della vendita (articoli 354 e 355). Invece, quando i contratti stessi sono stipulati per il tramite degli agenti di cambio, gli effetti dell'inadempimento devono intendersi regolati dal r. d. 30 giugno 1932, n. 815; mentre sono disciplinati dalle norme del r. d. 20 dicembre 1932, n. 1607, quando i contratti si stipulano direttamente fra le parti, ma una di esse è iscritta nello speciale albo previsto da quest'ultimo regio decreto.

145. — La disciplina della vendita di cose immobili non riproduce più l'istituto della rescissione per causa di lesione oltre la metà del giusto prezzo. Introdotto il nuovo istituto della lesione generale (art. 287), non si ritenne di poter mantenere l'azione di lesione concessa dal codice del 1865 in tema di vendita immobiliare.

E' vero che la lesione generale opera in un campo più ristretto e più rigoroso; ma è anche certo che, dove non ricorrono i presupposti della medesima, non poteva più ammettersi quella speciale. La quale, tra l'altro, era arcaicamente monca, perchè, rimanendo limitata alle vendite immobiliari, disconosceva la grande importanza che era venuta ad assumere la proprietà mobiliare. Con il libero scambio dei valori, il venditore poi poteva avere realizzato, nel calcolo attento delle proprie possibilità, vantaggi indiretti e considerevoli che davano alla rescissione l'impronta di una vera e propria speculazione. La stabilità delle vendite immobiliari ne risultava fortemente scossa; specialmente in questi ultimi anni in cui gli sbalzi gravi ed improvvisi dei valori immobiliari avevano indirettamente aperto la via a più frequenti contese giudiziarie. Le ragioni, che già avevano suscitato grande riluttanza negli autori del vecchio codice, si erano aggravate al punto che l'abolizione del rimedio speciale non poteva trovare alcuna seria obiezione.

Non è contraddittorio che il libro delle successioni abbia conservato la rescissione analoga nella divisione, dappoichè questa ha la particolare funzione di garantire l'integrale conseguimento delle quote spettanti a ciascuno. Per tale speciale funzione, il codice del 1865 aveva dato all'azione di rescissione della divisione una disciplina tutta propria, non esigendo, per l'ammissione della perizia estimatoria, quelle condizioni che aveva previste a proposito della rescissione della vendita immobiliare; la dottrina e la giurisprudenza a loro volta avevano, dalle particolarità sostanziali dell'azione, tratto argomento per ritenere applicabile ad essa, al posto della decadenza biennale, la prescrizione quinquennale.

146. — La vendita di eredità è stata disciplinata negli articoli 381 a 386, con i quali si sono svolte più chiaramente le disposizioni contenute nel complesso art. 1545 del codice precedente e si è aggiunta qualche norma di una certa rilevanza.

Così si è prescritta la forma della scrittura (art. 382), anche se il complesso ereditario non contenga beni immobili, e ciò per l'importanza dell'atto e per le conseguenze che ne derivano a carico del compratore. Questi risponde di diritto dei debiti ereditari in solido col venditore (art. 385): si dispone la trasmissione in blocco dei diritti e dei debiti ereditari al compratore perchè, in via dispositiva si è ritenuto di dover considerare l'eredità come un complesso inscindibile di attività e passività, anche quando forma oggetto di trasmissione per atto tra vivi (articoli 383, 384 e 385). Gli elementi che costituiscono il complesso possono così essere disgregati dalla volontà dei contraenti, ma questa non è necessaria per comporli ad unità quando il complesso è trasferito.

43. — Il riporto.

147. — Il contratto di riporto, quale è disciplinato dal codice di commercio, ha dato luogo a lunghe e fruttuose polemiche scientifiche circa la sua natura giuridica.

Il risultato delle accennate discussioni è che, malgrado il riporto sia stato dal legislatore del tempo concepito come una duplice vendita mobiliare, esso è un contratto essenzialmente unitario, perchè i due passaggi di proprietà (contestuale e a termine), disposti in senso inverso, sono interdipendenti tra loro, e non costituiscono due operazioni distinte ma i coefficienti di un'operazione unica. Questa ricostruzione dell'istituto utilizza il meccanismo della vendita solo come espediente; ma il riporto non assolve gli intenti pratici e giuridici della vendita se è essenziale al rapporto che tornino al riportato titoli di specie identica a quella alla quale appartenevano i titoli già consegnati al riportatore.

La considerazione del riporto come contratto doppiamente traslativo della proprietà è scolpita con piena chiarezza nell'art. 387: il primo trasferimento (quello con effetto contestuale) deve aver luogo contro l'immediato pagamento del prezzo, e l'obbligo del riportatore di trasferire a termine la proprietà dei titoli al riportato deve essere contestuale al primo trasferimento.

Si accenna nell'art. 387 alla possibilità di un aumento o di una diminuzione convenzionale del prezzo del riporto; ed è opportuno chiarire che con siffatte espressioni si allude a quel *quid* che costituisce il compenso per il riportatore o rispettivamente per il riportato (c. d. deporto), secondo che volgano in un senso o nell'altro le contingenze economiche del mercato dei titoli. Il che non esclude che il prezzo possa essere nè aumentato nè diminuito, perchè quelle contingenze possono condurre, in fatto, al risultato che il riporto sia stipulato non a vantaggio esclusivo del riportato ovvero del riportatore, ma di entrambe le parti (c. d. riporto alla pari).

I diritti accessori e gli obblighi accessori relativi ai titoli dati a riporto sono di regola attribuiti al riportato, che, a operazione conclusa, rimane il definitivo proprietario (art. 389, primo comma). Per contro, se il riporto ha per oggetto azioni di società, il diritto di voto spetta al riportatore, salva diversa volontà delle parti (art. 389, secondo comma).

Nel caso di inadempimento del riporto da parte di uno solo dei contraenti, valgono i rimedi predisposti per l'inadempimento dei contratti a termine (art. 390, primo comma). Si è peraltro considerata come abbandono del contratto l'ipotesi in cui l'inadempimento provenga così dall'uno come dall'altro contraente; in questo caso ciascuno può legittimamente ritenere ciò che aveva ricevuto dall'altro (art. 390, secondo comma)

44. — La permuta.

148. — Anche nella definizione della permuta, come in quella della vendita, si è dato opportuno rilievo all'effetto reale traslativo, il quale, anche quando vi è scambio di cose e di diritti, si produce per il solo fatto del consenso (art. 391): si accenna allo scambio di cose o di diritti senza volere escludere che oggetto di permuta possa essere il trasferimento di una cosa in corrispettivo del trasferimento di un diritto.

Il generico rinvio alle norme della vendita, contenuto nell'art. 394, ha permesso di evitare la riproduzione degli articoli 1550, 1551 e 1553 del codice civile abrogato, i quali, nonostante qualche apparenza, non contenevano, come è noto, principii speciali alla permuta. Fu riprodotta invece la sostanza dell'art. 1552, più che altro allo scopo di risolvere la questione dell'importo del risarcimento dei danni, che deve liquidarsi secondo le norme della vendita, non secondo le regole generali.

Assorbita nell'azione generale di rescissione per lesione quella speciale prevista per la vendita nell'art. 1529 del codice del 1865, non aveva più ragione d'essere nemmeno l'art. 1554 di detto codice. Esso, nel secondo comma, dava le direttive per distinguere la vendita dalla permuta nel caso di rifacimento in danaro; ma la dottrina potrà, in base ai principii generali, venire alle medesime conclusioni a cui aveva aderito il codice abrogato.

Nuova è la disposizione dell'art. 393 circa la divisione in parti uguali delle spese del contratto; ma il principio era già accolto in dottrina, sulla considerazione della reciprocità dell'interesse delle parti.

45. — Il contratto estimatorio.

149. — Sotto la tradizionale denominazione di contratto estimatorio, si disciplina negli articoli 395 a 397 un rapporto assai diffuso nella pratica degli affari e che risale al diritto romano.

Talune leggi finanziarie contemplavano tale rapporto; ma la nozione di esso non era fissata in alcuna delle leggi fondamentali. Dottrina e giurisprudenza costruivano il tipo con elementi raccolti nella disciplina di contratti affini, quali la commissione, il deposito, la società, la vendita sotto condizione risolutiva; ma in nessuno di essi il predetto rapporto si risolveva nella sua integrità.

150. — Trattasi di un rapporto che si inizia con la consegna di una cosa mobile stimata (libri, oggetti di oreficeria, argenteria, gioielli, articoli di moda, ecc.). Alla scadenza, il ricevente ha l'obbligo di pagarne, a colui che gli ha consegnata la cosa, il prezzo corrispondente al valore di stima. Ma se il pagamento del prezzo è in obbligazione, il ricevente ha la facoltà di liberarsi restituendo alla scadenza la cosa ricevuta.

Tale costruzione si distacca da quella classica e tradizionale, che ravvisava a carico del ricevente un'obbligazione alternativa (il prezzo o la cosa); ma meglio giustifica il regolamento circa l'incidenza del rischio. Il ricevente sopporta il rischio del perimento della cosa; egli può valersi della facoltà alternativa soltanto se la cosa esista e sia integra (*incorrupta*: art. 396). La costruzione del rapporto come avente per oggetto un'obbligazione alternativa non avrebbe giustificato tale trattamento nel caso in cui il perimento o il deperimento fosse stato preceduto dalla dichiarazione di scelta da parte del debitore.

Nei limiti della durata convenzionale del rapporto, la proprietà della cosa resta al *tradens*. La scadenza, scompagnata dall'adempimento, importa un solo effetto: la perdita per il debitore della facoltà alternativa di restituire la cosa. Il suo obbligo di pagare il prezzo è rigidamente consolidato; ma la proprietà della cosa rimane ancora presso il *tradens* e perdura fino a che non sia stato pagato il prezzo. Donde una duplice conseguenza, e cioè la possibilità di applicazione della sanzione penale al ricevente infedele e l'impignorabilità della cosa da parte dei creditori del ricevente (art. 397, primo comma).

Peraltro, la permanenza presso il *tradens* della proprietà della cosa fino al pagamento del prezzo non deve ostacolare lo svolgimento del rapporto verso la sua naturale conclusione, che è quella della vendita della cosa stessa ad opera del ricevente. Questi, pur non essendone proprietario, può trasferire la cosa ai terzi (art. 397, primo comma): il *tradens*, a sua volta, pur essendone proprietario, non può trasferirla finchè non l'abbia recuperata (art. 397, secondo comma). La dottrina costruisce e spiega in modi diversi tale fenomeno giuridico, ma al legislatore ciò riesce indifferente: egli doveva soltanto preoccuparsi di adeguare la disciplina del rapporto alle sue finalità economiche.

46. — La somministrazione.

151. — Il contratto di somministrazione si distingue dall'appalto perchè ha per oggetto la prestazione di cose (art. 398), mentre è considerato oggetto dell'appalto il compimento di un'opera o di un servizio (art. 494).

Caratteristica costante della somministrazione è la periodicità o la continuità delle prestazioni, che nell'appalto si ha soltanto quando il contratto ha per oggetto un servizio. Malgrado però tale periodicità o continuità, che implica pluralità di prestazioni, ciascuna delle quali ha o può avere in certa misura sorte autonoma, la somministrazione serba il carattere di contratto unitario, che è comprovato dal nesso tra le varie prestazioni, dal fatto che esse hanno tutte il medesimo contenuto, e dall'unità del prezzo.

Contribuisce a caratterizzare il contratto di somministrazione una regola finale della sua disciplina (quella dell'articolo 409), la quale stabilisce che alla somministrazione sono applicabili anche le norme proprie del tipo di contratto corrispondente alla natura delle singole prestazioni. Questo rinvio acquista significato, specialmente con riguardo al contratto di vendita mobiliare; rispetto al quale il connotato differenziale della somministrazione sembra debba risiedere nel fatto che questa implica pluralità di prestazioni, laddove, nella vendita mobiliare, anche se a consegne ripartite, la prestazione è unica, ancorchè frazionata. Tuttavia resta indubbia l'affinità tra i due contratti; e quindi le regole della vendita mobiliare, se non contraddicono a quelle specifiche del contratto di somministrazione, potranno applicarsi e disciplinare ulteriormente quest'ultimo (così, ad esempio, in materia di difetti delle cose che il somministrante deve prestare).

152. — Un ulteriore elemento caratteristico del contratto di somministrazione è riposto nel fabbisogno del somministrato, in quanto esso sia noto al somministrante; il fabbisogno vale così a fissare l'entità delle prestazioni, qualora non vi abbiano provveduto le parti (art. 399, primo comma).

Talvolta è stabilito un quantitativo minimo di cose da fornire. Ma anche allora il fabbisogno del somministrato dà la misura della prestazione; e infatti il somministrato non può liberarsi pagando l'importo del minimo, ma deve ricevere la quantità di cose che gli occorrono effettivamente o pagarne il prezzo. Cosicchè il criterio del fabbisogno del somministrato opera non soltanto a carico del somministrante (come nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 399), ma altresì a vantaggio di lui (art. 399, terzo comma).

Nel caso di indeterminatezza relativa dell'entità delle prestazioni (in quanto cioè siano stabiliti un quantitativo minimo e un quantitativo massimo) la determinazione spetta al somministrato, il quale è il miglior giudice delle proprie necessità (art. 399, secondo comma).

153. — Non si è negata validità al patto di preferenza (art. 405) perchè ogni vincolo alla libera attività giuridica propria non è illecito in se e per sè, ma in quanto è configurato in modo da costituire un legame intollerabilmente esorbitante; si è circoscritto così a un quinquennio il termine di durata dell'obbligo, e si sono precisate le modalità di esercizio del corrispondente diritto del somministrante.

Altra clausola frequente nel contratto di somministrazione è quella c. d. di esclusiva, che produce l'effetto di prevenire la concorrenza a danno di una delle parti. Di essa si occupano gli articoli 406 e 407, i quali, nel delimitarne il contenuto, hanno avuto riguardo alla particolare materia alla quale si riferisce la disciplina che essi pongono. Così si è chiarito (articolo 406) che l'esclusiva a favore del somministrante assume anche il valore di divieto al somministrato di provvedere con mezzi propri alla produzione delle cose che costituiscono oggetto del contratto, e, quanto all'esclusiva a favore del somministrato, si è disposto (art. 407) che essa si risolve in un'obbligazione di non fare (gravante sul somministrante), circoscritta nello spazio e nel tempo; alla quale obbligazione può far riscontro, per volontà delle parti, un'obbligazione del somministrato di promuovere, nella zona assegnatagli, la vendita delle cose di cui egli ha l'esclusiva. In quest'ultimo caso il somministrato deve dare effettiva opera per conseguire il risultato promesso al somministrante; ed è esposto a responsabilità per inadempimento, anche se abbia eseguito la sua obbligazione rispetto al quantitativo minimo di cose da vendere, che sia stato eventualmente stabilito tra le parti. E' ovvio che con patto espresso i contraenti possono derogare a tale norma, la quale vige soltanto nel silenzio della convenzione.

Le norme relative alla clausola di esclusiva sono sembrate meglio al loro posto in sede di contratto di somministrazione, anzichè in sede di contratto di vendita, dove di solito la materia è trattata dalla dottrina: l'esclusiva si concepisce se sussiste il presupposto di una continuità o periodicità di prestazioni (come è appunto il caso della somministrazione) non pure nella vendita, che ha per oggetto prestazioni isolate. Naturalmente i principii sull'esclusiva enunciati nell'attuale sede potranno essere estesi per analogia ad altri contratti, ove dell'analogia ricorrano i presupposti; e in specie ove il rapporto economico regolato dal contratto lo richieda: così, ad esempio, nel caso di vendita a consegne ripartite.

47. — La locazione.

154. — Il contratto di locazione disciplinato nel libro delle obbligazioni comprende esclusivamente la locazione di cose. La *locatio operarum* è regolata nel libro del lavoro, come quella che si inserisce, in funzione collaborativa, nell'organizzazione dell'impresa. La *locatio operis*, avente per oggetto la prestazione del risultato di un lavoro a rischio del suo produttore, forma argomento di altra disciplina, a seconda che l'attività diretta a quella prestazione presupponga un'impresa organizzatrice del capitale e del lavoro altrui (contratto di appalto, contratto di trasporto, ecc.) o l'impiego prevalente del lavoro proprio da parte dell'obbligato (lavoro autonomo).

Non sono state considerate sotto il profilo della locazione nè la mezzadria nè la soccida. Il conduttore è sempre un imprenditore autonomo; il mezzadro e il soccidario sono invece associati del concedente e del soccidante, e insieme, l'uno e l'altro, creano l'impresa che conduce il fondo e che produce. E precisamente perchè danno vita all'organizzazione di un'impresa produttiva, i contratti di mezzadria, di colonia e di soccida sono stati collocati nel libro del lavoro.

155. — Il contratto di locazione di cose ha conservato la struttura tradizionale. L'elemento comune a tutte le locazioni, qualunque sia la natura delle cose che ne formano l'oggetto, ossia la concessione temporanea del godimento della cosa verso corrispettivo, ha determinato la formulazione di disposizioni generali racchiuse in una prima sezione. Questa domina le successive, le quali non contengono se non integrazioni, deroghe o adattamenti consigliati dalla particolare natura dell'oggetto del contratto.

Le norme della locazione si applicano alle cose immobili e mobili. Là dove si è ritenuto di dare una disciplina particolare per queste ultime, si è avuto cura di dichiararlo. Le lacune del vigente regolamento sono così colmate, con profitto dei rapporti frequenti costituiti da locazione di animali, di vetture, di biciclette, di abiti da sera, di battelli di piacere, di apparecchi, di contatori, di macchine agricole, ecc.

Con riguardo alla natura delle cose, una distinzione si è fatta a seconda che il godimento di esse non esige l'attività del conduttore o consiste nell'adibirle a scopo produttivo; in questo secondo caso il godimento costituisce, nel tempo stesso, oggetto di un diritto e oggetto di un dovere: il dovere è posto non solo verso il locatore ma anche verso la collettività, interessata a che le cose produttive diano frutti al massimo grado. Questo diritto-dovere giustifica le norme speciali che sono state dettate per la locazione dei beni produttivi in generale e particolarmente per quella che ha per oggetto i fondi rustici, cioè una categoria di beni cospicua, interessante la vita nazionale. Il contratto col quale si dànno in godimento beni produttivi si è denominato « affitto », per indicare con termine breve una sottospecie della locazione, caratterizzata dalla particolare natura della cosa che ne forma oggetto.

Dissi che la locazione dei fondi rustici è la più importante tra le locazioni di beni produttivi. Soggiungo che il conduttore di un fondo rustico è un imprenditore, che esercita l'impresa su fondo altrui; può essere un imprenditore capitalista o un imprenditore lavoratore, e cioè può organizzare soltanto il lavoro altrui ovvero far ricorso al lavoro altrui come integrazione di quello proprio o di quello della propria famiglia. Per il piccolo imprenditore agricolo, conduttore di fondo altrui, si sono dettate, con riguardo alla sua posizione nella economia della produzione, alcune norme particolari.

§ 1. — *La disciplina di carattere generale.*

156. — Nell'art. 411 si è ripetuto che la locazione novennale è atto di ordinaria amministrazione, per commisurarvi la capacità di concluderla, sia nella veste di locatore che in quella di conduttore. Peraltro, quando si è trattato di stabilire i riflessi esterni del contratto di fronte a terzi subentranti nel diritto del locatore, la durata suddetta si è riportata in più stretti limiti: così negli articoli 144, secondo comma, 166 e 188 del libro della proprietà, come negli articoli 445 e 640, quarto comma, del presente libro.

Il coordinamento dell'art. 411 col primo comma dell'art. 190 avrebbe importato il rispetto dell'intera locazione novennale in caso di avveramento della condizione; ma ciò non è apparso equo, e si è disposto che in tal caso siano rispettate le locazioni non eccedenti il triennio.

Con una norma espressa si è poi stabilito che sono da considerare atti eccedenti l'ordinaria amministrazione le an-

ticipazioni del prezzo della locazione (e quale anticipazione deve considerarsi la cessione) per una durata superiore a un anno (art. 411, secondo comma).

157. — La locazione è un rapporto di durata che talora ha un minimo determinato dalle norme corporative (art. 467) e sempre un massimo fissato dalla legge (art. 412, 446 e 468). Non sono valide le locazioni perpetue; e il minimo e il massimo, di cui si è fatto cenno, è ovvio che debba automaticamente inserirsi nel contratto, in sostituzione di clausole difformi (arg. art. 168).

L'omessa determinazione convenzionale della durata della locazione dovrebbe importare, secondo i principii, la facoltà di recesso salvo preavviso (in tal senso gli articoli 408 di questo libro e 64 del libro del lavoro). Ciò infatti si è stabilito per le locazioni di beni produttivi che non siano fondi rustici (art. 455); ma, per ogni altra locazione, il codice ha fissato una durata che opera nel silenzio delle parti, allo scopo di garantire una persistenza del rapporto, adeguata al suo contenuto economico (art. 413). Sicchè, tranne il caso dell'art. 455, tutti i contratti di locazione sono a tempo determinato; con questa differenza, che se la durata è stabilita dalla legge, il contratto non si scioglie se non vi è disdetta, mentre la disdetta non è necessaria quando la durata risulta dalla volontà delle parti. Nel codice civile abrogato (art. 1623), a proposito della locazione dei fondi rustici, si stabiliva che essa cessava di diritto con lo spirare del termine, anche se non fissato dalle parti. Tale trattamento non aveva ragion di essere ed è stato soppresso.

La rinnovazione tacita (art. 436), basata sul fatto concludente di rimanere ed essere lasciati nella detenzione della cosa, non può configurarsi che per le locazioni a termine stabilito dalle parti, perchè quelle a tempo indeterminato durano indefinitamente se non sia intervenuta disdetta preventiva. Ma intervenuta disdetta, sia per le locazioni a termine, sia per quelle senza termine, non può essere opposto che il contratto si sia rinnovato tacitamente; tranne che, a motivo di fatti concludenti, diversi dal semplice rimanere ed essere lasciati rimanere, sia possibile cogliere il consenso del locatore alla rinnovazione del contratto (art. 436, terzo comma).

Rinnovazione alle stesse condizioni e proroga si equivalgono; si pone in essere sempre una nuova locazione con estinzione delle garanzie già prestate da terzi (art. 437). La nuova locazione, derivante da proroga o rinnovazione tacita, è uguale alla precedente, tranne che per la durata: la durata non è quella stabilita dalle parti per la precedente locazione, ma quella stabilita dalla legge per le locazioni senza determinazione di tempo (art. 436, secondo comma). In conseguenza, una locazione a tempo fissato dalle parti, che sarebbe cessata di diritto con lo spirare del termine, una volta tacitamente rinnovata o prorogata non cesserà se non per disdetta.

158. — A proposito dei vizi della cosa locata, si è chiarito che debbano essere occulti (art. 417), e con l'art. 418 si è fatta un'applicazione dell'art. 59, primo comma, ma con una restrizione: per l'articolo 59, primo comma, sono nulle le clausole che esonerano da responsabilità per dolo o colpa grave; nell'art. 418 si contempla la sola mala fede del responsabile quale causa di nullità della clausola limitativa.

Degna di rilievo è la disposizione dell'art. 419 relativa ai vizi della cosa che espongono a serio pericolo la salute delle persone: essa rappresenta un'applicazione del secondo comma dell'art. 59. Per vizi siffatti le rinuncie sono prive di effetto, perchè il bene tutelato con la sanzione della responsabilità è indisponibile.

159. — Negli articoli 438 a 444 si disciplina, in modo sostanzialmente conforme al codice del 1865, l'opponibilità ai terzi acquirenti del contratto di locazione e delle anticipazioni (liberazione) o cessioni del prezzo della cosa locata.

Si è distinto tra alienazione volontaria e vendita forzata. Quest'ultima ipotesi è regolata nel libro della tutela dei diritti (art. 282), la precedente in questo libro (art. 438); così è del pari per la liberazione e per la cessione del prezzo della locazione (art. 283 del libro della tutela dei diritti; art. 444 del presente libro).

Si è chiarito che il possesso di buona fede di mobili non iscritti in pubblici registri libera la cosa dal diritto del conduttore, come la libera dai diritti reali afferenti (art. 438, secondo comma). Si è risoluta la questione dell'opponibilità al terzo acquirente di una locazione soggetta a trascrizione e non trascritta (articoli 438, terzo comma, di questo libro e 1, n. 8, del libro della tutela dei diritti), e della cessione o liberazione di fitti e pigioni pure soggetta a trascrizione e non trascritta (articoli 444, secondo comma, del presente libro e 1, n. 9, del libro della tutela dei diritti); e si è risoluta nel senso dell'opponibilità nei limiti della durata per la quale non è richiesta tale formalità. Con ciò si è precisato il senso specifico dell'art. 2 del libro della tutela dei diritti, secondo il quale i suddetti atti, se trascrivibili e non trascritti, non debbono avere alcun effetto rispetto ai terzi acquirenti.

160. — Circa la responsabilità del conduttore per incendio della cosa locata, dispongono gli articoli 427, 428 e 450. In essi si considera la responsabilità del conduttore verso il locatore; la responsabilità per incendio verso terzi del custode della cosa, proprietario o conduttore, è regolata nell'art. 890.

L'incendio rappresenta una causa di perdita o di deterioramento della cosa. Il conduttore deve risponderne se non prova che l'incendio sia avvenuto per una causa a lui non imputabile: si fa, con ciò, applicazione precisa della disposizione degli articoli 48 e 86. La causa sconosciuta della perdita o del deterioramento è a carico del conduttore.

Che se la cosa distrutta o deteriorata era stata assicurata dal locatore, o dal conduttore per conto di questi, e il danno è stato indennizzato dall'assicuratore, il locatore non può pretendere ulteriore indennizzo da parte del conduttore, perchè non può arricchirsi e perchè nel diritto del locatore verso il conduttore subentra l'assicuratore (art. 428 e 756). Il creditore subentrante si trova verso il debitore nelle stesse condizioni del creditore surrogato; quindi il conduttore si libera dalla responsabilità verso l'assicuratore negli stessi modi che in confronto del locatore.

161. — La materia dei miglioramenti sulla cosa locata ha ricevuto apposita disciplina. In pratica le questioni si presentano più frequentemente per il conduttore, perchè più spesso è il conduttore che apporta miglioramenti; ma si è contemplato anche il caso che autore dei miglioramenti sia il locatore. Al riguardo dispongono gli articoli 431 e 432 in linea generale, gli articoli 471, 472 e 473 per fondi rustici, e l'art. 490 per i fondi rustici coltivati direttamente dal piccolo affittuario.

In linea di principio, il conduttore non ha diritto a indennità per i miglioramenti che egli compie sulla cosa locata; se vi è stato il consenso del locatore, in qualunque forma espresso, la legge determina dispositivamente le obbligazioni inerenti al rapporto convenzionale conseguentemente formatosi: tali obbligazioni consistono nel rimborso della minor somma tra lo speso e il migliorato (art. 431, primo comma).

In ogni caso, con senso di equità, si è stabilito che, se il conduttore è responsabile di danni, può compensare questi col valore dei miglioramenti (art. 431, secondo comma). Si è poi distinto tra miglioramenti e addizioni, come negli articoli 175 e 176 del libro della proprietà. Anche le addizioni sono in

sostanza dei miglioramenti, ma estrinseci. Per le addizioni, quello che importa sapere è se esse siano separabili o meno; se non lo sono, ricevono il trattamento dei miglioramenti intrinseci; se lo sono, il diritto del conduttore di toglierli è paralizzato soltanto dall'esercizio del diritto del locatore di ritenerli, nel qual caso questi deve indennizzarle.

162. — Il punto più delicato della materia concerne i miglioramenti dei fondi rustici. L'argomento è dominato dall'interesse collettivo all'incremento della produzione, e la disciplina legale prescinde dal consenso delle parti: le disposizioni dettate sono categoriche, a segno che non può derogarvi neppure la norma corporativa (art. 473). L'inderogabilità peraltro si riferisce a quegli accordi preventivi che, direttamente proibendo in tutto o in parte, o indirettamente limitando le indennità, mortifichino le iniziative e, con queste, i risultati proficui che da esse si ripromette l'economia nazionale. Da ciò risulta chiaro che un accordo postumo tra locatore e conduttore, concernente la misura dell'indennizzo e le forme di esso, sarebbe senza dubbio efficace.

In che debbano consistere i miglioramenti, si è detto con una formula elastica, ma espressiva: in essi si comprendono non soltanto gli aggiornamenti ai progressi tecnici ma anche le trasformazioni. A questo punto, il rispetto al diritto di proprietà ha consigliato una qualificazione restrittiva: si è disposto che le trasformazioni non devono alterare profondamente l'ordinamento produttivo (art. 471, primo comma). Non si è ritenuto di scendere ad una elencazione, sempre pericolosa e incompleta, come da taluno si proponeva e come si leggeva in precedenti progetti; il giudizio sull'utilità obiettiva delle opere proposte è demandato all'autorità amministrativa, nelle forme che stabilirà una legge speciale, nella quale, se si riterrà opportuno, potrà essere anche precisato il concetto espresso nel codice con formulazione sintetica.

L'iniziativa dei miglioramenti può partire dal locatore o dall'affittuario, ma di solito è presa da quest'ultimo. Eseguiti dal locatore, i miglioramenti devono essere indennizzati dal conduttore, se ed in quanto questi ne risenta i benefici, sotto forma di aumento del fitto (art. 472, primo comma).

Il regolamento diventa più delicato quando l'iniziativa è del conduttore. Si tratta di migliorare la cosa altrui indipendentemente dalla volontà, se non proprio contro la volontà, del proprietario, in relazione ai doveri che si collegano al diritto di proprietà. Il giudizio sull'utilità obbiettiva dei miglioramenti, deferito all'autorità amministrativa, non può essere controllato dall'autorità giudiziaria, ed è seguito da quello sull'idoneità del soggetto che deve praticarli e su altri punti (art. 471, primo comma). Questa parte del giudizio spetta all'autorità giudiziaria; ma il locatore, essendo destinatario definitivo dell'utilità dei miglioramenti, può, in termine perentorio, evitare la pronunzia del magistrato, sostituendo la propria iniziativa a quella del conduttore (art. 471, terzo comma). Con ciò si è reso il dovuto omaggio agli interessi del locatore, che sono tenuti poi in considererazione anche circa le sue possibilità di indennizzare l'autore dei miglioramenti. Di qui una disposizione contemperatrice, secondo la quale, da una parte i miglioramenti devono essere contenuti nei certi limiti, per quanto concerne il loro costo e il corrispondente diritto di indennizzo, dall'altra è concesso al giudice il potere di ratizzarne il pagamento per durata non superiore a dieci anni, previe garanzie, se del caso, a favore del creditore (art. 472, secondo e terzo comma).

Questo per i miglioramenti attuati su fondi rustici condotti da affittuari capitalisti.

Miglioramenti più modesti sono considerati e disciplinati con l'art. 490: quelli eseguiti dal conduttore coltivatore diretto (piccolo affittuario). Qui vi è massima semplicità; non occorre autorizzazione preventiva; non è riconosciuta al locatore la facoltà di sostituirsi al conduttore. Il regolamento si ispira ad una duplice esigenza: rendere la cosa più produttiva, dar lavoro al contadino piccolo affittuario. Questa ultima considerazione chiarisce che i miglioramenti regolati nell'art. 490 sono quelli eseguibili ed eseguiti col lavoro dell'affittuario, altrimenti si ricade nella disciplina dell'art. 471; e chiarisce inoltre il perchè debbasi far luogo ad accertamento anno per anno, e debbasi, a fine di ciascun anno, corrispondere al piccolo affittuario l'indennità che gli spetta, contenuta, come per il grande affitto, entro limiti congrui.

163. — La materia della sublocazione e della cessione delle locazioni è stata regolata negli articoli 433 (disposizioni generali), 463 (locazione di beni produttivi) e 488 (locazione di fondi rustici a coltivatori diretti). La disciplina si adegua alla natura dei beni e alla specialità del rapporto creato dal piccolo affitto.

Avendo la cessione del contratto bilaterale ricevuto precisa disciplina nella parte generale (articoli 245 a 249), la distinzione tra sublocazione e cessione si presenta netta. Per quanto riguarda la cessione del contratto, si riproduce la disposizione dell'art. 245: il contratto non può essere ceduto se non vi consente il locatore. Per quanto riguarda la sublocazione, questa in linea di massima è consentita, perchè di regola il contratto di locazione, anche nei riguardi del conduttore, non è concluso *intuitu personae;* ma il locatore può vietarla. Al contrario, la considerazione della persona del conduttore, e in particolare la considerazione del grado di abilità e di diligenza di quest'ultimo, domina la locazione che ha per oggetto una cosa mobile (art. 433, secondo comma) o un bene produttivo. La cosa mobile è facilmente deteriorabile, ed è opportuno che il locatore giudichi preventivamente sulle qualità di diligenza di chi deve godere il bene al posto del conduttore, nel quale soltanto egli può avere espressa fiducia; il godimento di un bene produttivo, come si è rilevato, si compone di un potere e di un dovere, e quando si tratta di doveri, la persona dell'obbligato non è sostituibile senza il consenso del creditore (art. 463, primo comma). In modo eguale si giustificano le disposizioni che stabiliscono lo scioglimento dell'affitto per sopravvenienza di circostanze soggettive riflettenti il conduttore (art. 465) e la facoltà di recesso accordata al locatore in caso di morte del conduttore (articoli 466 e 489); invece, in considerazione dell'eventuale disagio economico degli eredi del conduttore di fronte ad una locazione di fondo urbano che implichi obblighi sproporzionati alle loro possibilità, si è accordato ad essi il diritto di recedere (art. 453).

In tema di affitto a coltivatore diretto la sublocazione non è concepibile. Il piccolo affittuario è imprenditore e lavoratore insieme. Come lavoratore non può trasferire ad altri l'obbligo della relativa prestazione; se il destinatario del lavoro vi consente, in sostanza libera il precedente lavoratore e, in sostituzione di questo, impegna un altro. Tale concetto ha ispirato la norma dell'art. 488.

Con l'art. 434 si è chiarito poi che il locatore ha azione diretta contro il subconduttore, e si è stabilito che la sentenza, la quale dichiara nullo o risolve il contratto di locazione, ha riflessi, anche processuali, in confronto del subconduttore, il cui rapporto col conduttore è contenuto in quello di locazione, con vincolo di dipendenza.

§ 2. — *Le disposizioni particolari ad alcuni tipi di locazione.*

164. — Per la locazione dei fondi urbani, dopo quanto si è rilevato in coordinamento con altre disposizioni, non rimane che da segnalare la disposizione dell'art. 452 relativa alla

facoltà di recesso accordata ai conduttori che rivestano la qualità di funzionari e impiegati delle pubbliche amministrazioni, in caso di loro trasferimento di ufficio.

La norma è imperativa, perchè determinata dall'interesse della pubblica amministrazione. Questa deve poter spostare i suoi organi là dove il bisogno lo richieda, senza impacci e senza aggravare le condizioni del dipendente trasferito, le cui preoccupazioni, derivanti da impegni assunti, si ripercuotono sul suo rendimento. Appunto per ciò la norma non è applicabile quando il trasferimento sia disposto su domanda del dipendente. E' ben chiaro che alla domanda di trasferimento non può equipararsi il consenso al trasferimento se l'iniziativa di questo parte dall'amministrazione, la quale, per ragioni legali o di riguardo, si faccia ad interpellare il dipendente ottenendone adesione.

Per pubbliche amministrazioni si intendono lo Stato e gli enti pubblici suoi ausiliari; e nella denominazione d'impiegati e funzionari si comprendono tutti i dipendenti professionali investiti di pubbliche potestà o incaricati di servizi pubblici.

165. — Sempre in relazione al pubblico interesse per l'aumento della produzione, l'affittuario, a differenza del conduttore di beni non produttivi (art. 426), può, come si è già detto (n. 9), assumere iniziative atte a determinare un incremento nel reddito della cosa, purchè il locatore non resti gravato di oneri (nel qual caso si applica l'art. 471 circa i miglioramenti) o non ne risenta pregiudizio (art. 459).

Circa le conseguenze dei casi fortuiti che cagionano perimento o mancata produzione di frutti, il libro delle obbligazioni (art. 476), contiene due novità: *a*) si distingue, come nel codice abrogato, tra casi fortuiti ordinari e straordinari, ma il criterio di distinzione, anzichè per categorie di casi, è fondato sulla prevedibilità o meno di essi in relazione ai luoghi e ad altre circostanze; *b*) si considera che il contratto di locazione di beni produttivi, sebbene dominato da alee intense, è sempre un contratto commutativo e perciò, a differenza del codice abrogato (art. 1621, secondo comma), si dichiara nullo il patto col quale l'affittuario si assoggetta ai casi fortuiti straordinari, per evitare che l'affitto possa snaturarsi in un contratto di sorte.

Con l'art. 478 si è poi chiarito, eliminando note questioni, se pure non recenti, che il corrispettivo dell'affitto possa consistere non soltanto in una quantità fissa dei prodotti del fondo, ma anche in una quota parte di essi, senza che per ciò l'affitto diventi un contratto di mezzadria. In questo i coltivatori associati sono due, proprietario e mezzadro, mentre nell'affitto il locatore, pur avendo diritto ad una quota di frutti, rimane estraneo all'impresa produttiva, della quale titolare è soltanto l'affittuario.

166. — Negli articoli 479 a 484 si disciplina la consegna e la riconsegna delle scorte del fondo tra locatore e affittuario: scorte morte fisse (macchine e attrezzi) o circolanti (semi, concimi, foraggi e simili); scorte vive, come bestiame da lavoro o da allevamento.

Il regolamento parte dalla situazione pattizia normale, che descrive e stima le scorte del fondo. Al riguardo questioni ardenti sorsero nell'immediato dopo guerra circa l'interpretazione da darsi agli articoli 1687 a 1692 del codice civile a proposito di riconsegna del bestiame. Secondo alcuni l'affittuario era debitore soltanto del valore risultante dalla stima iniziale; quindi il maggior valore dipendente dalla svalutazione monetaria doveva cedere a suo profitto. Altri invece, e più giustamente, sostenevano che oggetto del debito fosse, non già il valore del bestiame secondo la stima, ma il bestiame stesso, e se non proprio quei medesimi capi consegnati, altri a questi corrispondenti nel loro complesso. Questa seconda soluzione, confortata anche da numerosi responsi della Corte Suprema, è stata adottata nel nuovo codice.

Oggetto di consegna e di riconsegna è adunque il bestiame nel suo complesso; il locatore rimane proprietario di questo e dei suoi elementi, pur concedendosi all'affittuario un potere di disposizione. La stima, come in altri casi, non produce trasferimenti di proprietà, ma accollo di rischi al consegnatario. Il potere di disposizione dell'affittuario non ha per oggetto il complesso, ma singoli elementi di questo, e peraltro si accompagna al dovere di sostituzione, in maniera che il tutto sia sempre rappresentato, salve le depressioni derivanti da esigenze stagionali della coltura del fondo.

Se poi, per pattuizione corsa tra le parti, il debito dell'affittuario sia debito di valuta corrispondente al valore di stima, questo patto, non contrario ad alcun interesse pubblico, avrà il suo vigore. Allora si tratta di un ordinario debito pecuniario; e riprende impero il principio nominalistico che ne regola l'estinzione (art. 107, primo comma). Tuttavia anche in questo caso l'affittuario ha facoltà di liberarsi dando bestiame, da valutarsi secondo i prezzi correnti al tempo del rimborso (articolo 484, secondo comma). Si è così assorbita la c. d. soccida di ferro, la quale non poteva essere considerata come un contratto a sè, risolvendosi in una situazione convenzionale, accessoria del contratto di affitto.

Il regolamento suddetto è peraltro soltanto dispositivo; se è derogabile dalle parti, tanto più può essere derogato dalle norme corporative che disciplinano questo rapporto economico (affitto dei fondi rustici), a termini dell'art. 12, n. 3, della legge 20 marzo 1930, n. 206 e dell'art. 11 della legge 5 febbraio 1934, n. 163.

167. — La sezione dell'affitto si chiude con il regolamento dell'affitto a coltivatore diretto, o piccola affittanza, che dir si voglia; è preferibile però la denominazione di « affitto a coltivatore diretto », perchè essa mette subito in evidenza la caratteristica essenziale del contratto, che è quella indicata nell'art. 486: coltivazione diretta da parte dell'affittuario, attuata con lavoro prevalentemente proprio o di persone della propria famiglia. Può anche essere impiegato lavoro altrui, eccezionalmente o stabilmente; ma prevalente deve essere quello dell'affittuario e della sua famiglia. Le dimensioni dell'affitto risultano così commisurate alle possibilità di mantenere tale prevalenza: se la famiglia colonica è numerosa, le dimensioni sono maggiori; minori nel caso inverso.

Nell'affitto a coltivatore diretto, se pure si svolge in forma d'impresa, vi domina il lavoro proprio del suo titolare, e di ciò tengono conto le fondamentali norme racchiuse negli articoli 491 e 492. Il piccolo affittuario, *l'uomo della fatica gioiosa*, secondo l'espressione mussoliniana, ha tesori di energie lavorative, ma scarseggia di capitale: il locatore lo sorregge con anticipazioni a miti condizioni (art. 491), lo sorregge con la sua diretta sostituzione integratrice (art. 492), con la quale il locatore persegue, oltre che gli interessi propri e del coltivatore, anche quelli superiori e immanenti della produzione.

48. — L'appalto.

168. — L'appalto, che nel codice del 1865 era considerato come sottospecie della locazione d'opera, acquista nel nuovo sistema una individualità autonoma, pur rilevando, nella disciplina per esso dettata, le traccie della sua origine. La caratteristica essenziale che ha permesso il differenziarsi dell'appalto dalla più semplice figura di contratto d'opera, regolata negli articoli 158 e seguenti del libro del lavoro non

è data dal risultato che in entrambi è un'opera o un servizio, ma dal fatto che nell'appalto vi è un'organizzazione ad impresa, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro dell'appaltatore. Il risultato contrattuale non si raggiunge, in altri termini, direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore come attraverso il lavoro prevalentemente proprio del prestatore si consegue nel contratto d'opera, ma attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari, che l'appaltatore cura e gerisce a suo rischio: il confronto tra l'art. 494 di questo libro che definisce l'appalto e l'art. 158 del libro del lavoro che individua il contratto d'opera (nel quale si comprende anche il contratto tra colui che esercita una professione intellettuale e il cliente), mostra con sufficiente chiarezza i concetti esposti.

In sostanza, che l'appaltatore sia un imprenditore non è una premessa logica dell'istituto o comunque un elemento in astratto essenziale. La legge però, considerando che, là dove si ha una vera e propria organizzazione ad impresa, la disciplina giuridica del contratto posto in essere dall'imprenditore deve essere necessariamente diversa e più complessa di quella che deve darsi quando quell'organizzazione non esiste, ha ritenuto opportuno distinguere, sotto quel profilo, l'appalto del contratto di opera, uniformandosi, del resto, al modo in cui la pratica intende queste due figure.

Dopo ciò la nozione che l'art. 494 dà del contratto di appalto deve riuscire sufficientemente chiara, dovendosi solo avvertire che la prestazione di un servizio a cui allude l'articolo suddetto deve intendersi sempre come risultato al pari del compimento di un'opera, e quindi non come semplice attività lavorativa; mentre l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore è richiesto per significare che l'organizzazione e l'impiego dei mezzi necessari alla produzione del risultato promesso è a rischio dell'appaltatore.

Bisogna ancora notare che, quando oggetto dell'appalto è la prestazione di un servizio, non tutte le norme possono senz'altro trovare applicazione; e infatti, alcune di esse presuppongono che il risultato promesso sia una determinata opera materiale (cfr., ad esempio, art. 508). Quando poi il servizio ha carattere continuativo o periodico, è possibile anzi che l'applicazione delle norme relative al contratto di somministrazione debba prevalere sull'applicazione delle norme relative all'appalto. Per tale ipotesi perciò l'art. 516 dispone che debbano osservarsi, in quanto compatibili, le norme dell'appalto e quelle della somministrazione, lasciando così al giudice il compito di vedere quali tra le due categorie di norme siano idonee, per il loro contenuto e per la loro *ratio*, a regolare in concreto il rapporto.

169. — Una disciplina del tutto nuova dettano gli articoli 498 a 500 relativamente al problema delle variazioni al progetto dell'opera, problema che l'art. 1640 del codice del 1865 considerava da un solo profilo.

Nel nuovo codice si distinguono le variazioni concordate dalle parti, le variazioni necessarie e quelle richieste esclusivamente dal committente.

Sul primo punto, risolvendosi una questione agitata per il vecchio codice, si stabilisce che l'autorizzazione del committente all'esecuzione delle modificazioni deve essere provata per iscritto e che, in mancanza di stipulazione espressa, non è dovuto compenso per le variazioni o aggiunte se il prezzo dell'opera era stato globalmente determinato. E' parso infatti eccessivo richiedere la forma scritta *ad substantiam* per l'autorizzazione del committente, essendo sufficiente escludere per l'accertamento di essa l'ammissibilità della prova per testimoni; e d'altra parte è parso conforme alla realtà che, nel caso di determinazione globale del prezzo dell'opera, la modificazione di esso non consegua necessariamente all'autorizzazione di eseguire variazioni o aggiunte, dovendosi queste, in mancanza di una volontà contraria, ritenersi comprese nel prezzo convenuto.

Quanto al secondo punto, basandosi sulla considerazione che a volte, per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte, si rivela necessario apportare al progetto variazioni che possono incidere sostanzialmente sul costo e sulla struttura dell'opera, ho disposto che, se le parti non si accordano, sarà il giudice che dovrà determinare le variazioni da apportare. Ma, appunto in considerazione dell'entità che queste variazioni possono assumere, ho attenuato le conseguenze pratiche della norma, accordando a entrambe le parti un diritto di recesso. L'esercizio del diritto di recesso da parte dell'appaltatore è subordinato al fatto che l'importo delle variazioni superi il sesto del prezzo complessivo convenuto, perchè è chiaro che al di là di un certo limite l'appaltatore può non avere l'attrezzatura sufficiente per il compimento delle nuove opere e può comunque risentire un pregiudizio. L'esercizio del diritto di recesso da parte del committente al difuori della norma generale dell'art. 510, è a sua volta subordinato al fatto che le variazioni siano di notevole entità, non potendosi costringere il committente a sopportare oneri non previsti nel contratto, la cui entità sia particolarmente notevole. In entrambi i casi il committente è tenuto a rimborsare l'appaltatore dell'importo dei lavori compiuti e a pagargli un indennizzo, la cui determinazione è affidata all'equo apprezzamento che, sulla base delle circostanze del caso concreto, il giudice farà.

Infine si è concessa al committente la potestà di apportare unilateralmente variazioni al progetto, sempre che ciò non leda gli interessi dell'appaltatore, il quale avrebbe in astratto il diritto di tener fermo il contratto. Per attuare la conciliazione di questi interessi è stato stabilito che l'ammontare delle variazioni non può superare il sesto del prezzo complessivo convenuto e che l'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente. Ma se pure le variazioni siano contenute entro quel limite di valore, l'appaltatore non può essere obbligato ad eseguirle quando esse alterano notevolmente la natura dell'opera o i quantitativi delle singole categorie di lavori previsti dal contratto (art. 500).

170. — Un'altra notevole innovazione rispondente alle moderne esigenze del contratto di appalto, è quella apportata dall'art. 503, primo comma, che fa una decisa applicazione dell'art. 306 relativo all'eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell'appalto, quando, per effetto di circostanze sopravvenute, che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio nelle rispettive posizioni contrattuali. Il principio della rivedibilità del prezzo, già attuato nella prassi degli appalti pubblici, si giustifica non solo con evidenti ragioni di giustizia concreta e col principio di solidarietà che deve prevalere all'esclusiva considerazione degli interessi singoli (n. 15), ma anche col fatto che il valore dell'opera compiuta, entrata nel patrimonio del committente, è normalmente in funzione del valore dei materiali e della mano d'opera; di guisa che è giusto, in caso di notevoli variazioni di questi elementi che superino l'alea normale del contratto, variare pure il prezzo dell'opera, lasciandosi in ogni caso immutato il margine di guadagno che l'appaltatore si riprometteva al momento della conclusione del contratto. La revisione del prezzo è dunque ammessa, a favore di entrambi le parti, quando l'aumento o la diminu-

zione del costo dei materiali e della mano d'opera superi quel limite dell'alea normale che qui la legge indica *a priori* nel decimo del prezzo complessivo convenuto; ed è ammessa solo per quella parte della differenza che eccede tale decimo.

Un'ulteriore applicazione del principio è contenuta nel secondo comma dello stesso art. 503. Nell'ipotesi, piuttosto frequente, in cui, durante i lavori, si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause obiettive, sia pure preesistenti al contratto ma ignote alle parti, le quali impongano all'appaltatore di compiere ulteriori lavori o opere supplementari, si riconosce all'appaltatore medesimo il diritto di ottenere un equo compenso.

171. — Gli articoli 504 e 505 regolano compiutamente il momento della verifica o collaudo dell'opera. Premesso che il committente ha diritto di verificare l'opera, prima che essa gli venga consegnata, la legge determina il momento nel quale la verifica deve essere fatta e le conseguenze dell'omissione di essa; dispone che equivale ad accettazione dell'opera il fatto che il committente la riceva in consegna senza alcuna riserva; infine fissa nel momento dell'accettazione da parte del committente il momento in cui, in difetto di stipulazioni o di usi contrari, diviene esigibile per l'appaltatore il credito del prezzo. La disciplina è completata dalla disposizione dell'art. 505, che ha riguardo al caso in cui l'opera deve eseguirsi per partite singole.

La conseguenza principale del collaudo, oltre quella relativa al pagamento del prezzo, consiste nella liberazione dell'appaltatore dalla garanzia per le difformità o i vizi dell'opera, che altrimenti sarebbe dovuta ai sensi degli articoli 506 e 507. Naturalmente, perchè la liberazione abbia luogo occorre che i vizi o le difformità siano stati al momento della verifica conosciuti o riconoscibili dal committente e non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore, tenendosi conto che, se, per la verifica dell'opera occorra un'esperienza tecnica nel valutare la riconoscibilità del vizio, bisogna aver riguardo non già alle cognizioni del committente ma alle cognizioni di un tecnico, dato che il collaudo è un atto che il committente deve fare con ogni garanzia tecnica e quindi, ove lo ritenga necessario, con l'ausilio di persone esperte.

Quando la garanzia è dovuta, si applicano le norme degli articoli 506 e 507, che disciplinano l'onere della denuncia (la quale deve essere fatta, a pena di decadenza, nel termine di sessanta giorni dalla scoperta), la prescrizione biennale dell'azione per far valere la garanzia, e il contenuto della garanzia medesima; norme che, salvo le particolarità dei termini, trovano un addentellato in quelle che disciplinano la garanzia per i vizi nella vendita.

172. — Sono rimasti sostanzialmente immutati nell'art. 508 i criteri fondamentali della responsabilità *ex lege* stabiliti dall'art. 1639 del codice abrogato, al quale sono state apportate solo alcune modificazioni, allo scopo di dare soddisfazione ai voti espressi, attraverso agli organi corporativi, dalle categorie interessate, e allo scopo di agevolare la più esatta comprensione della norma.

Si è così chiarito che la responsabilità di cui si tratta concerne soltanto opere stabili che hanno una destinazione non temporanea; si è introdotto l'onere della denuncia del vizio, che deve essere fatta, a pena di decadenza, entro un anno dalla scoperta; si è conseguentemente abbreviato il termine di prescrizione dell'azione relativa; si è espressamente affermato, in coerenza con il carattere legale di tale responsabilità, che essa può essere fatta valere anche dagli aventi causa del committente; si è infine omesso di parlare dell'architetto, come soggetto della responsabilità regolata dall'art. 508, perchè è parso più giusto che la posizione dell'architetto, come quella del direttore dei lavori, venga regolata dai principii generali.

Innovando poi al codice del 1865 si è creduto di non dover limitare la sfera di applicazione della norma in questione alle sole ipotesi di rovina di tutta o parte dell'opera o di evidente pericolo di rovina, ma si è estesa la garanzia anche alle ipotesi in cui l'opera presenti gravi difetti. Naturalmente questi difetti devono essere molto gravi, oltre che non riconoscibili al momento del collaudo, e devono incidere sempre sulla sostanza e sulla stabilità della costruzione, anche se non minacciano immediatamente il crollo di tutta la costruzione o di una parte di essa o non importano evidente pericolo di rovina. Non vi è dubbio che la giurisprudenza farà un'applicazione cauta di questa estensione, in conseguenza del carattere eccezionale della responsabilità dell'appaltatore.

173. — Per il resto la disciplina dell'appalto non presenta novità degne di rilievo, nè in relazione al diritto di recesso dal contratto da parte del committente (art. 510), nè in ordine al problema della ripartizione dei rischi (art. 512), nè infine in ordine alle conseguenze dello scioglimento del contratto per morte dell'appaltatore (articoli 513 e 514).

E' però opportuno avvertire che, in coerenza al fatto che da parte dell'appaltatore vi è un'organizzazione ad impresa la quale fa pensare che normalmente non entrano nella considerazione contrattuale le qualità personali dell'appaltatore, il contratto di appalto non si scioglie automaticamente per la morte dell'appaltatore, salvo nel caso in cui la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto, e salvo il diritto di recesso da parte del committente nel caso in cui gli eredi dell'appaltatore non diano affidamento per la buona esecuzione dell'opera (art. 513).

49. — Il trasporto.

174. — Il contratto di trasporto è regolato con norme di portata generale e cioè con norme che, pur dettate con particolare riguardo ai trasporti terrestri, si applicano anche ai trasporti per via d'acqua e per via d'aria, in quanto non derogate dal codice della navigazione (art. 519).

Anche i trasporti ferroviari e postali traggono norma dal codice civile; ma questo non si sovrappone alla legislazione speciale che, in materia, è, sotto molti riguardi, assorbente (art. 519). Però rimane chiaro che le norme del codice civile non possono essere derogate con i provvedimenti amministrativi non aventi autorità di legge e non emanati sulla base di un potere delegato dalla legge.

Il codice si riferisce anche ai trasporti assunti dalle imprese esercenti pubblici servizi di linea. Per queste si stabiliscono alcuni obblighi di carattere generale (tra cui l'obbligo di contrarre e l'inderogabilità delle tariffe stabilite nell'atto di concessione del servizio o altrimenti rese note al pubblico: art. 518), che valgono per tutti i servizi di linea; quindi non solo per i trasporti ferroviari e postali, ma anche per i servizi automobilistici, che sono destinati ad avere uno sviluppo sempre maggiore. Le norme dettate avranno indirettamente un'utile funzione ordinatrice anche rispetto al problema della concorrenza tra ferrovie e autotrasporti.

175. — Il contratto di trasporto implica l'assunzione dell'obbligo di trasportare (art. 517), a differenza del contratto di spedizione, che ha per oggetto solo l'obbligo dello spedizioniere di concludere, e per conto altrui, un contratto di trasporto (art. 577). Il vettore così esaurisce i suoi doveri quando

ha trasferito nel luogo convenuto le cose consegnategli; lo spedizioniere li esaurisce invece quando ha concluso un contratto di trasporto per conto del committente, relativamente alle cose che devono trasferirsi da un luogo ad un altro.

Il nuovo codice non distingue tra l'obbligo di trasportare e l'obbligo di far trasportare: la circostanza che il trasporto si compia mediante l'opera di altre imprese non spinge il rapporto verso il contratto di spedizione, perchè anche l'imprenditore di trasporti assume la responsabilità del vettore, mentre lo spedizioniere risponde solo per l'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto di trasporto e lascia nella sfera di terzi il rischio connesso a quest'ultimo contratto.

176. — E' affermato il carattere contrattuale della responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore durante il viaggio e per la perdita e l'avaria del bagaglio non consegnato (art. 520, primo comma). Ciò importa, secondo i principii generali, che l'onere della prova della causa liberatoria della responsabilità è a carico del vettore. Tale prova è raggiunta quando il vettore ha dimostrato di avere adottato tutte le misure atte ad evitare il danno. Il significato di questa formula è stato già chiarito (n. 37); peraltro la formula ha già subito il vaglio della giurisprudenza a proposito dei trasporti aerei, nella cui legge era stata per la prima volta inserita. Essa implica l'attribuzione di una responsabilità che relativamente ai sinistri che colpiscono il viaggiatore non può essere validamente limitata per convenzione, data l'indisponibilità della propria salute e della propria vita (art. 520, secondo comma).

Si è risolta la dibattuta questione circa il trattamento del trasporto gratuito, nel senso di applicare ad esso i principii del trasporto a titolo oneroso; chè, se il trasporto sia eseguito a titolo di mera amicizia o cortesia, a parte ogni disputa circa la natura del rapporto derivante dall'esecuzione di tale prestazione, devono applicarsi altri criterii nel valutare la condotta dell'autore del danno, in applicazione del principio cui si è ispirato l'art. 391 del codice della navigazione.

Per i trasporti cumulativi di persona si è affermato il carattere indivisibile delle prestazioni dei vettori successivi (art. 521, secondo comma) ma non la solidarietà della responsabilità tra i vettori stessi (art. 521, primo comma), che ha ragione d'essere solo per i trasporti di cose (art. 540).

177. — Per il trasporto di cose si è considerato documento probatorio del contratto non solo la lettera di vettura, ma anche la ricevuta di carico, già entrata largamente nell'uso dei trasporti automobilistici; si è ammesso che pure la ricevuta di carico, come il duplicato della lettera di vettura, può essere rilasciata all'ordine (art. 523).

La posizione del destinatario è quella di un terzo beneficiario del contratto. Il suo diritto sorge e trae misura dal contratto, ma si perfeziona solo con la richiesta della riconsegna, al momento in cui le cose siano arrivate a destinazione o sia scaduto il termine in cui sarebbero dovute arrivare; esso è subordinato nel suo esercizio al pagamento dei crediti del vettore e degli assegni di cui sono gravate le cose trasportate (art. 528). Consegue da ciò che, in caso di irreperibilità del destinatario o di rifiuto del destinatario di ricevere le cose trasportate o di controversia tra più destinatari o circa il diritto del destinatario alla riconsegna, il diritto di disposizione sulle cose spetta sempre al mittente, a cui il vettore deve chiedere istruzioni (art. 529). Vero è che a queste norme la legislazione ferroviaria deroga parzialmente; ma la disciplina formalistica dello « svincolo », dettata dalle particolari esigenze dei trasporti ferroviari, non poteva essere generalizzata. Nel sistema del codice quindi, l'obbligo del destinatario al pagamento dei crediti del vettore è *in conditione* per l'esercizio del diritto del destinatario alla riconsegna, e *in obligatione* solo dal momento in cui il destinatario abbia effettivamente ricevuto le cose trasportate (art. 531).

178. — Quanto alla responsabilità del vettore per perdita e avaria delle cose trasportate, pur tenendo fermi in linea generale i tradizionali principii dell'art. 400 cod. comm. che si ricollegano al *receptum* (art. 532), si è ammessa la validità delle clausole che stabiliscono presunzioni di fortuito per eventi che normalmente, in relazione ai mezzi e alle condizioni del trasporto (trasporti speciali), dipendono dal caso fortuito (art. 533).

Nel caso di ritardo nel trasporto, la liquidazione del danno, anche in difetto di prova di questo, è rimesso all'apprezzamento equitativo del giudice, che dovrà aver riguardo, in proporzione, al prezzo del trasporto e alla durata del ritardo (art. 537).

Per quanto concerne la decadenza dalle azioni contro il vettore, per effetto del ricevimento senza riserva delle cose trasportate col pagamento di quanto è dovuto al vettore, si è escluso che la decadenza colpisca le azioni di responsabilità derivanti da dolo o colpa grave del vettore (art. 538, secondo comma). Il ricevimento con riserva è implicito nell'accertamento dell'avaria mediante verifica (art. 536); ed è ovvio che la decadenza non colpisce le azioni di natura legale connesse al trasporto (azioni di ripetizione di indebito).

179. — In materia di esecuzione del trasporto di cose mediante pluralità di vettori è considerata separatamente l'ipotesi dei cosiddetti servizi di corrispondenza (art. 539) e quella dei veri e propri trasporti cumulativi (art. 540): per questi vi è la responsabilità solidale di tutti i vettori successivi. Il diritto di regresso tra i vettori successivi è regolato in modo che il danno gravi sul vettore effettivamente responsabile, e, qualora questo non sia identificato, che il danno sia ripartito tra tutti i vettori in parti proporzionali ai percorsi, esclusi quei vettori che provino che il danno non è avvenuto sul loro percorso (art. 540, secondo comma).

Si è data infine all'ultimo vettore la rappresentanza legale dei vettori precedenti per la riscossione dei rispettivi crediti (art. 542).

50. — Il mandato.

§ 1. — *Le disposizioni generali sul mandato.*

180. — La distinzione tra il mandato e la locazione d'opera o il contratto di lavoro è posta nel criterio obiettivo della diversa natura della prestazione oggetto del contratto. Si ha mandato quando l'incaricato deve prestare un'attività negoziale, e cioè deve compiere atti giuridici per conto del mandante (art. 543); si ha locazione d'opera ovvero contratto di lavoro quando deve essere prestata un'attività di contenuto non negoziale, sia materiale che intellettuale.

La gratuità non era nell'essenza del mandato secondo il codice anteriore, perchè si considerava mandato anche quello commerciale, soggetto alla presunzione di onerosità. Generalizzata questa presunzione (art. 549), tanto meno potrà ritenersi che l'obbligo di corrispondere al mandatario un compenso sposti il rapporto verso la locazione d'opera o verso il contratto di lavoro.

Rimane esclusa l'esigenza di un agire nel nome del mandante; e infatti la commissione e la spedizione vengono regolate come sottospecie del mandato (art. 571 e seguenti; art. 577 e seguenti) mentre negli art. 545, 546 e 547 particolarmente si

regola il mandato senza rappresentanza. Il codice, nel capo del mandato, disciplina prevalentemente il lato interno del rapporto; quello esterno, quando c'è, è regolato dalle norme sulla rappresentanza (art. 544).

181. — Il nuovo codice ha modellato i rapporti tra mandante e mandatario sullo schema dei principii posti dal codice abrogato, integrandoli però con quelli già inseriti nel codice di commercio, che, com'è noto, non avevano ragion d'essere soltanto per il mandato commerciale. Gli articoli 550 a 554 e 558 a 560 costituiscono il nucleo fondamentale dei diritti e dei doveri che concorrono a formare, dal lato interno, il contenuto del mandato. I crediti del mandatario verso il mandante per rimborsi e per il compenso sono assistiti dal privilegio sui crediti del mandante sorti dagli affari conclusi (articolo 561) e sulle cose del mandante detenute dal mandatario (art. 118, secondo comma, del libro della tutela dei diritti); inoltre si è concesso al mandatario il diritto di ritenzione sulle cose stesse, e, ad agevolargli la riscossione coattiva dei crediti che gli spettano verso il mandante, si è preordinata a suo favore una forma di esecuzione privata, in tutto simile a quella che l'art. 363 cod. comm. prevedeva solo per il mandato commerciale (art. 113, terzo comma, del libro della tutela dei diritti).

Concerne pure la disciplina del lato interno del rapporto la norma dell'art. 555 che esclude l'obbligo del mandatario di garantire al mandante l'adempimento delle obbligazioni assunte dal terzo, e di rispondere per l'insolvenza di quest'ultimo se egli non la conosceva o non l'avrebbe dovuta conoscere. La norma è dispositiva, in modo che il mandatario può anche assumere una garanzia per la *bonitas* del terzo, di contenuto più vasto di quello considerata dalla legge: a questa disponibilità dei limiti di garanzia si ricollega lo « star del credere » del commissionario (art. 576).

182. — Caratteristica del mandato esercitato in nome proprio è che il mandatario, nei confronti del terzo contraente, non solo assume in proprio gli obblighi, ma acquista in proprio i diritti che derivano dall'affare trattato per conto del mandante (art. 545, primo comma). Tale conseguenza si verifica anche se i terzi abbiano avuto conoscenza del mandato, perchè la conoscenza non equivale normalmente a implicita spendita del nome del mandante (*contemplatio domini*); tuttavia il mandante, sappiano o non sappiano i terzi dell'esistenza del mandato, ha il diritto (in via diretta e non in via surrogatoria), di far propri di fronte a costoro i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli con ciò non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso (art. 545, secondo comma).

Ma, per quanto il mandato sia esercitato dal mandatario in nome proprio, l'affare rimane sempre del mandante. Perciò i risultati utili degli affari trattati dal mandatario devono essere devoluti a vantaggio del mandante. Circa il modo di tale devoluzione il nuovo codice distingue nettamente a seconda che gli acquisti consistano in cose mobili ovvero in beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri.

Nel primo caso, quando cioè si tratta di mobili, si è ammesso l'immediato ed automatico trasferimento, nel patrimonio del mandante, delle cose acquistate dal mandatario; rispetto alle cose mobili il mandatario ha quindi solo l'obbligo di trasferirne il possesso, mentre il mandante può rivendicarne dai terzi la proprietà, salvi gli effetti del possesso di buona fede (art. 546, primo comma).

Nel secondo caso, quando cioè si tratta di beni immobili o di beni mobili iscritti nei pubblici registri, non è ammesso l'acquisto automatico da parte del mandante, perchè, a parte ogni altra considerazione, ciò sarebbe stato in contrasto con le esigenze della pubblicità a cui i trasferimenti relativi sono soggetti. Non si può infatti pensare a far trascrivere al nome del mandante un acquisto fatto in proprio nome dal mandatario, neppure se si richiedesse come condizione indispensabile la trascrizione del mandato. Le esigenze di tutela dei terzi e la necessità di non apportare deroghe all'istituto della trascrizione, fondamentale per la certezza dei rapporti, hanno quindi indotto a richiedere un nuovo autonomo atto di trasferimento dal mandatario al mandante (art. 546, secondo comma). La tutela del diritto del mandante al trasferimento è poi affidata alla norma che ammette l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo legale di contrarre (art. 291 del libro della tutela dei diritti), e alla norma che, prescrivendo la trascrizione della domanda, assicura la conservazione dei diritti del mandante contro eventuali atti di disposizione del mandatario (art. 9, n. 2, del libro della tutela dei diritti).

Conseguenza di tutto ciò è (art. 547) che i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni mobili o sui crediti acquistati dal mandatario in nome proprio e per conto del mandante, se il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento. Se il mandatario ha acquistato beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, l'azione dei creditori del mandatario su questi beni è pure esclusa, qualora sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento che il mandatario è tenuto a compiere a norma dell'art. 546, secondo comma, ovvero la trascrizione della domanda giudiziale del mandante diretta a conseguire il ritrasferimento stesso.

183. — Si è già accennato al carattere normalmente oneroso del mandato (n. 180). La gratuità tuttavia non deve necessariamente risultare da convenzione espressa; al pari dell'onerosità del deposito (art. 607), può desumersi dalle circostanze, non esclusa la qualità del mandatario e la natura concreta delle relazioni che intercedono tra questi e il mandante.

Effetto immediato della gratuità del contratto è rimasta l'attenuazione della responsabilità del mandatario. Essa deve valutarsi con minor rigore (art. 550), così come meno rigorosamente dovevano a lui applicarsi, anche per il codice abrogato (art. 1746, secondo comma), i principii ordinari della responsabilità; il che vuole significare che anche il mandatario deve prestare la diligenza del buon padre di famiglia, salvo al giudice di assolverlo dalla responsabilità per danni quando sia incorso in una lieve negligenza scusabile. Il riferimento preciso al criterio del buon padre di famiglia anche della diligenza cui è tenuto il mandatario gratuito fa intendere, del resto, che l'apprezzamento meno rigoroso della sua responsabilità deve aver riguardo, tra l'altro, alle qualità del mandatario, in modo che il principio di attenuazione è eminentemente relativo.

184. — Oltre alla responsabilità del mandatario per il sostituto (art. 557; cfr. anche art. 696, secondo comma), il nuovo codice regola il mandato congiuntivo e il mandato collettivo.

Il mandato congiuntivo è quello conferito a più persone designate a operare congiuntamente (art. 556); il mandato collettivo è quello conferito da più persone con unico atto e per un affare di interesse comune (art. 566).

I due tipi possono ravvicinarsi esclusivamente per l'elemento comune della pluralità dei soggetti che compongono la parte attiva o la parte passiva del rapporto. Questo comune elemento conduce, da un lato, alla responsabilità solidale di tutti coloro che hanno conferito l'incarico (l'art. 1756 cod. civ. del 1865 non è stato ripetuto perchè inutile, di fronte al prin-

cipio generale dell'art. 124 di questo libro) e dall'altro alla responsabilità pure solidale di tutti i mandatari che hanno in fatto operato congiuntamente (art. 556, terzo comma). Quest'ultimo principio andava espresso perchè prescinde dalla circostanza che i mandatari avessero dovuto operare congiuntamente o disgiuntamente, e addossa una responsabilità solidale anche a coloro che avrebbero potuto operare separatamente, se di fatto agirono congiuntamente. Per ogni altra ipotesi vige l'art. 124 suddetto; e perciò i mandatari che avrebbero dovuto operare congiuntamente rispondono solidalmente anche della mancata esecuzione del mandato, oltre che del modo di esecuzione del mandato stesso.

Il mandato congiuntivo inoltre presenta peculiarità circa il modo di formazione e quanto alla sua estinzione. La volontà di coloro che devono agire congiuntamente è in dipendenza reciproca, com'è interdipendente l'attività che ciascuno deve svolgere; da ciò la conseguenza che il mandato non ha effetto se non è accettato da tutti i mandatari (art. 556, primo comma), e che ogni causa di estinzione del mandato concernente uno solo dei mandatari si comunica a tutti, provocando per tutti l'estinzione del rapporto (art. 570). Ma si tratta di conseguenze non necessarie. Se infatti è convenuto che il mandato ha effetto anche senza l'accettazione di qualcuno dei designati o che esso continua non ostante si sia estinto per qualcuno di essi, in realtà si è rinunciato alla partecipazione di colui che non ha accettato, o rispetto al quale si è verificata la causa di estinzione; e la legge ritiene che l'incarico, per volontà delle parti, si voglia concentrare in coloro che hanno accettato o il cui vincolo non si è estinto. L'efficacia di questa volontà è assicurata espressamente tanto dall'art. 556, primo comma, quanto dall'art. 570.

Anche la volontà di ciascun mandante è legata da vicendevole dipendenza quando il mandato è collettivo; la revoca deve essere fatta da tutti gli interessati perchè abbia efficacia (art. 566): si eccettua il caso in cui ricorra una giusta causa, perchè il revocante, in tale ipotesi, non può essere pregiudicato dall'omissione di coloro che non si sono curati di farla valere.

185. — L'elencazione delle cause di estinzione del mandato, fatta nell'art. 1757 del codice abrogato, si è integrata (art. 562) con la previsione delle ipotesi di scadenza del termine e di compimento dell'affare da parte del mandatario (se l'affare è compiuto dal mandante si ha revoca tacita dell'incarico: art. 564). Si è omessa la previsione dell'ipotesi di fallimento, che sarà regolata nella legge fallimentare; e si è soggiunto che la morte, l'interdizione, l'inabilitazione del mandante non estingue il mandato se questo ha per oggetto il compimento di atti relativi ad un'impresa e l'esercizio dell'impresa è continuato dagli eredi, dal tutore o dall'inabilitato con l'assistenza del curatore (art. 562, n. 4): vale qui la ragione che è stata espressa per giustificare in questi casi la continuata efficacia della proposta nonostante la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del proponente che sia imprenditore (numeri 74 e 75).

Altra ipotesi in cui la morte o la sopravvenuta incapacità del mandante non estingue il mandato è quella d'incarico conferito nell'interesse del mandatario o in quello di terzi (art. 563, secondo comma). Allora il mandato è irrevocabile; il che tuttavia non esclude validità al patto con cui si conviene la revocabilità dell'incarico e non esclude nemmeno che il mandato possa revocarsi qualora ricorra una giusta causa; come quando l'interesse del mandante debba essere altrimenti curato. Sarebbe manifestamente inammissibile che la volontà del mandatario o dei terzi potesse prevalere pure quando apparisca ingiusta un'ulteriore prosecuzione del rapporto.

L'estinzione del mandato talvolta dà luogo a danni: questi sono dovuti dal mandante, se il mandato è a titolo oneroso ed è revocato senza giusta causa prima della scadenza del termine, prima del compimento dell'affare, o, nel caso di mancanza di termine, senza un congruo preavviso (art. 565); sono dovuti dal mandatario, tanto nel caso di mandato gratuito quanto in quello a titolo oneroso, se il mandatario rinuncia all'incarico senza giusta causa prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare o, qualora il mandato sia a tempo indeterminato, senza un congruo preavviso (art. 567, primo comma).

Obblighi specifici si pongono circa le modalità della rinunzia da parte del mandatario (art. 567, secondo comma), e in conseguenza dell'estinzione del mandato per morte o incapacità del mandante o del mandatario (art. 568): l'inadempimento di tali obblighi produce responsabilità per danni.

§ 2. — *La commissione.*

186. — Caratteristica della commissione, per l'art. 571, è non solo il difetto di rappresentanza, ma altresì la limitazione del suo oggetto all'acquisto e alla vendita di beni; ne è rimasta ristretta la definizione data dall'art. 380 del codice di commercio. E ciò in armonia con la tradizione e con la pratica, che hanno sempre riferito la commissione essenzialmente agli affari di compravendita; del resto l'altra forma di commissione praticamente rilevante, che si esplica nei trasporti, viene disciplinata a parte sotto il nome più appropriato di spedizione.

Al commissionario spetta una provvigione, che deve essere maggiorata in modo particolare nel caso di star del credere. Non è infrequente che le parti non provvedano a stabilire la misura di tale compenso; gli art. 573 e 576 rinviano agli usi del luogo in cui è compiuto l'affare anzichè agli usi del luogo in cui risiede il committente, volendo estendere alla commissione i principii di tutela del lavoro (art. 45 del libro del lavoro). La stessa esigenza ha ispirato la norma dell'art. 574, per cui, pur riconoscendosi al committente il diritto di revocare l'ordine di conclusione dell'affare, gli si impone l'obbligo di corrispondere al commissionario una parte della provvigione, in rapporto alle spese sostenute e all'opera prestata. Nel caso di entrata del commissionario nel contratto, quando la commissione ha per oggetto compravendita di cose aventi prezzo corrente, a maggiore tutela del committente si è stabilito che la vendita o la compera debbano sempre aver luogo, per lo meno, secondo il prezzo corrente, se questo sia più favorevole al committente del prezzo eventualmente fissato dal medesimo (art. 575).

§ 3. — *La spedizione.*

187. — La spedizione ha in comune con la commissione l'agire in nome proprio e per conto altrui, mentre si differenzia da essa per l'oggetto, che è la conclusione di affari di trasporto. Lo spedizioniere infatti assume l'obbligo di stipulare un contratto di trasporto col vettore (o con i vettori se i tratti di percorso siano più), e di compiere tutte le operazioni accessorie (eventualmente costituite da altri contratti) che siano necessarie e utili al trasporto, e cioè al suo inizio, al suo proseguimento (presa a domicilio, imballaggio, sdoganamento, assicurazione, ecc.: art. 577) e al suo termine.

Sono stati già posti in chiaro gli elementi differenziali tra spedizione e trasporto (n. 175); occorre però rilevare che in pratica talvolta lo spedizioniere compie atti di trasporto vero e proprio: in tal caso, l'art. 581 attribuisce allo spedizioniere, per le operazioni di trasporto da lui compiute, i diritti e gli obblighi del vettore. Con ciò non si è voluto escludere che

persista in lui anche la veste di spedizioniere e quindi il diritto a ricevere le provvigioni, come d'altra parte gli obblighi e le responsabilità proprie del mandatario: la questione potrà risolversi, anche in base al nuovo codice, in senso affermativo, conformemente all'opinione della prevalente dottrina italiana, e in analogia con quanto dispone l'art. 575, primo comma, circa il diritto alla provvigione del commissionario che contratta con se stesso.

188. — Il contratto di spedizione è perfetto tra le parti al momento in cui si è conferito e si è accettato l'incarico convenendosi sulle cose da trasportare, sul luogo di destinazione e sul corrispettivo per l'opera di interposizione dello spedizioniere. Ma la spedizione è un mandato; e poichè questo consente la revoca fino a quando l'affare che è oggetto dell'incarico non è concluso (articoli 563 e 574), anche alla spedizione si è esteso il principio di revocabilità (art. 578). Tale diritto, che implica altresì quello di modificare l'incarico, si può esercitare fino a che lo spedizioniere non abbia concluso il contratto di trasporto col vettore; si tutelano però le legittime aspettative dello spedizioniere con l'assicurargli il rimborso delle spese e un equo compenso per l'attività prestata.

Lo spedizioniere, come ogni mandatario, deve agire nell'interesse e per il maggior vantaggio del mandante; in questi limiti ha discrezionalità nella scelta delle condizioni e delle modalità del trasporto quando manchino le istruzioni del mandante (art. 579, primo comma), e, come ulteriore conseguenza, deve, salvo patto contrario, accreditare al mandante i premi, gli abbuoni e i vantaggi di tariffa che egli ha ottenuti (art. 579, terzo comma). Non ha obbligo di provvedere all'assicurazione delle cose se non gli sia stato ordinato o se quest'obbligo non gli derivi dagli usi (art. 579, secondo comma).

La provvigione spettante allo spedizioniere, ove non sia stata convenuta, si determina in base alle tariffe professionali prima che in base agli usi; e può essere compresa in somma globale assieme alle spese anticipate (art. 580, ultimo comma). Quando deve ricorrersi agli usi per la determinazione della provvigione, dovrà aversi riguardo agli usi del luogo in cui avviene la spedizione (art. 580, primo comma), che è il luogo in cui si svolge il lavoro dello spedizioniere.

51. — Il contratto di agenzia.

189. — Il contratto di agenzia è qualificato dall'incarico stabile di promuovere per conto altrui la conclusione dei contratti in una zona determinata (art. 582) e, in via eccezionale, di concludere contratti in nome del preponente (art. 593 e 743). Quando l'agente esercita funzioni di intermediazione non può dirsi mediatore, perchè il mediatore svolge attività occasionale, mentre l'agente coopera stabilmente allo sviluppo dell'attività economica di chi lo ha preposto. Quando l'agente ha funzioni rappresentative per la conclusione di contratti si distingue tuttavia dall'institore per l'indipendenza del suo esercizio professionale, e quindi per l'assunzione a proprio carico dei rischi e dei costi dell'esercizio medesimo (art. 588, terzo comma).

Figura mista perciò, che ammetteva una disciplina autonoma, nella quale andavano fusi tutti gli elementi svariati dei contratti dai quali il rapporto di agenzia è derivato, e ai quali gli usi e l'interpretazione lo hanno sempre ricondotto. Figura però non sempre omogenea; e infatti l'art. 594 applica le norme del contratto di agenzia agli agenti di assicurazione, non solo compatibilmente con le norme corporative e gli usi speciali a detta categoria di preposti, ma anche compatibilmente con le esigenze dell'attività assicurativa: gli agenti di assicurazione traggono infatti dalla circostanza di essere autorizzati a concludere contratti, poteri e rappresentanza non dissimili da quelli che spettano agli institori (articolo 743).

190. — In via normale, e salvo patto contrario, la nomina di un agente implica esclusività della preposizione di lui, quando una preposizione plurima darebbe luogo a concorrenza. La regola vale bilateralmente; quindi, per la stessa zona e per lo stesso ramo di commercio, nè l'imprenditore può conferire l'incarico separatamente a più agenti, nè l'agente può assumerlo per conto di più imprenditori concorrenti.

Anche se l'agente non sia abilitato a concludere i contratti in rappresentanza del preponente, qualche limitata funzione rappresentativa può tuttavia rientrare, e in pratica normalmente rientra, nell'ambito delle sue attribuzioni. L'agente ha infatti la rappresentanza passiva del preponente per alcuni atti inerenti o conseguenti all'esecuzione del contratto concluso per il suo tramite (in specie per le proteste e i reclami elevati da terzi contraenti) e deve provvedere alla tutela urgente dei diritti dell'imprenditore (art. 585): qui si ha una rappresentanza *ex lege*, mentre deve essere convenuto ogni altro potere rappresentativo, come, ad esempio, la riscossione dei crediti e la concessione di sconti o di dilazioni (art. 584).

191. — L'agente ha diritto alla provvigione, ma solo per gli affari che sono andati a buon fine (art. 588, primo comma). La provvigione è dovuta anche in caso di esecuzione parziale, sebbene solo in proporzione della parte eseguita (art. 588, primo comma); non vi è però esecuzione parziale quando essa non abbia portato una qualsiasi utilità all'imprenditore e abbia avuto semplicemente l'effetto di ridurre le perdite cagionate da un affare sfortunato, come nel caso di riscossione di una percentuale fallimentare. La provvigione è pure dovuta per gli affari direttamente conclusi dal preponente nella zona riservata all'agente (art. 588, secondo comma), come effetto dell'esclusiva a lui concessa.

I diritti dell'agente nel caso di storno dell'affare sono regolati nell'art. 589. Se l'affare non ha avuto esecuzione per un fatto imputabile al preponente, è ovvio che l'agente ha diritto integrale alla provvigione. Se l'affare sia rimasto ineseguito in tutto o in parte per mutuo consenso dei contraenti, la circostanza che all'inesecuzione dell'affare ha concorso anche la volontà dell'altro contraente, esclude che si possa ragionevolmente applicare la stessa regola adottata per l'ipotesi del fatto imputabile esclusivamente al preponente, e che si possa perciò attribuire all'agente l'intera provvigione. Ma non è nemmeno giusto privarlo di ogni compenso; e infatti l'art. 589, secondo comma, mantiene il diritto dell'agente alla provvigione, disponendo che essa deve ridursi alla misura determinata dalle norme corporative e dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità. Deve ritenersi sottinteso che anche una determinazione convenzionale potrà valere, se risulti per l'agente più favorevole delle norme corporative o degli usi.

Per quanto il codice non lo dica, è ovvio che la provvigione non è dovuta se l'inesecuzione dell'affare sia dipesa da caso fortuito: la condizione del buon fine fa gravare ogni rischio a carico dell'agente.

192. — Per quanto riguarda l'estinzione del rapporto di agenzia, vengono applicati i principii generali del contratto di lavoro (art. 590); e così, in relazione al rapporto a tempo indeterminato, viene riconosciuto all'agente, oltre a un'indennità di preavviso, un'indennità di risoluzione, il cui fondamento si riallaccia all'indennità di anzianità prevista per il contratto di lavoro (articoli 591 e 592).

Si giustifica l'estensione all'agente di una tutela identica a quella accordata al lavoratore, per la stabile collaborazione che l'agente presta all'impresa del preponente, di cui costituisce un vero e proprio ausiliario, anche se ha certi caratteri di autonomia che rendono inconfondibile la sua figura con quella di un impiegato. La singolare posizione dell'agente spiega i criteri che si sono seguiti nella disciplina dell'indennità, e che divergono alquanto dai criteri invalsi per i rapporti di lavoro subordinato. L'indennità si determina in base all'ammontare delle provvigioni liquidate all'agente nel corso dell'intero rapporto, e in misura proporzionale all'ammontare stesso; essa è dovuta anche per il caso di invalidità permanente e totale dell'agente. Nel caso di morte si devolve agli eredi e non ai congiunti viventi a carico.

52. — La mediazione.

193. — Elemento caratteristico della mediazione è l'indipendenza dell'opera del mediatore. Il quale, per quanto riguarda la conclusione dell'affare, non può operare nell'interesse di una sola delle parti; quindi non può operare come rappresentante o gestore di negozio o come locatore d'opere di uno dei contraenti, perchè ciascuna di queste situazioni ne attenuerebbe o ne escluderebbe l'autonomia e l'imparzialità (art. 595). Solo dopo la conclusione dell'affare il mediatore assume la rappresentanza delle parti, e limitatamente agli atti di esecuzione del contratto di cui venga incaricato (art. 602).

194. — La provvigione spetta al mediatore solo ad affare concluso per effetto del suo intervento (art. 596, primo comma); però, se il mediatore subisce l'effetto della condizione sospensiva apposta al contratto che egli ha fatto concludere (art. 598, primo comma), rimane invece indifferente alle conseguenze della condizione risolutiva (art. 598, secondo comma). E' ovvio poi che la nullità del contratto principale fa venir meno il diritto alla provvigione; l'annullabilità o la rescindibilità si può invece opporre al mediatore solo se egli ne conosceva la causa (art. 598, terzo comma).

La provvigione è dovuta al mediatore da ciascuna delle parti (art. 596, primo comma), perchè entrambe ne accettano necessariamente l'opera e usufruiscono di essa, anche se una sola abbia dato preventivamente l'incarico. Non c'è solidarietà per quest'obbligo, perchè l'uso, a cui la legge rinvia espressamente (art. 596, secondo comma), di solito divide l'importo complessivo della provvigione tra i contraenti del rapporto conclusosi per l'intervento del mediatore. Se si siano intromessi più mediatori, ciascuno ha diritto ad una quota (art. 599); è chiaro però che il diritto di quota si esercita nei confronti delle parti contraenti solo se i vari mediatori sono entrati in relazione con le parti stesse. Altrimenti si tratterà di un semplice rapporto interno tra i mediatori, a cui rimangono estranei i contraenti; e questi saranno liberati pagando la provvigione a quello o a quelli dei mediatori con cui hanno trattato.

Quanto al rimborso delle spese, l'art. 597 lo riconosce dovuto solo allorchè le spese sono state sostenute dal mediatore in base ad incarico di una delle parti, che ne sopporta, da sola, le conseguenze.

195. — Come l'agente (articoli 586 e 587), il mediatore deve informare le parti di ogni circostanza relativa all'affare che possa influire sulla valutazione della sua convenienza (articolo 600, primo comma); a suo carico rimangono le responsabilità per le sottoscrizioni delle scritture e per l'autenticità dell'ultima girata dei titoli di credito, già previste nell'art. 29 cod. comm. (art. 600, secondo comma); inoltre si considerano strettamente inerenti al contratto taluni obblighi professionali, di cui qualcuno era già menzionato nell'art. 33 cod. comm., altri derivano da leggi speciali e dall'attività normalmente professionale del mediatore (art. 601).

Infine il mediatore risponde per l'esecuzione dell'affare, quando non ha manifestato il nome del contraente (art. 603) o se ha assunto fideiussione (art. 604). Il mediatore anche se non rivela il nome dell'altro contraente conserva veste di intermediario e non si trasforma in diretto contraente; la sua responsabilità si giustifica per la possibilità che il contraente, rimasto originariamente ignoto all'altro, non crei in questo la fiducia di un esatto adempimento. In base ad una pretesa incompatibilità tra la figura del mediatore e quella del fideiussore, la giurisprudenza aveva negato che il mediatore potesse assumere fideiussione per uno dei contraenti. E' chiaro invece che l'incompatibilità non sussiste, sia perchè la fideiussione rientra nel compito, proprio del mediatore, di agevolare la conclusione dell'affare, sia perchè il contratto di fideiussione, per quanto accessorio, rimane tuttavia diverso e distinto da quello principale; soltanto in quest'ultimo il mediatore non può essere parte.

53. — Il deposito.

§ 1. — *Le disposizioni generali.*

196. — Affermato il principio che il deposito riguarda soltanto le cose mobili, che si perfeziona con la consegna della cosa e che importa, come elemento caratteristico, la custodia della cosa depositata (art. 606), si è posta la regola già ricordata (n. 7) della gratuità della prestazione, quale presunzione che cade di fronte ad una diversa volontà delle parti; questa diversa volontà, oltrechè da espressa dichiarazione, può desumersi altresì obiettivamente dalla qualità del depositario, in relazione al fatto che egli esplica un'attività abituale di custodia, o da altre circostanze, da apprezzarsi caso per caso (articolo 607).

Si è ricondotto alla disciplina del deposito (art. 613) anche il caso in cui, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione o il ricupero di ciò che si intende prestare in adempimento dell'obbligazione medesima qualora questa venga meno, il debitore della prestazione procede al deposito dell'oggetto presso un terzo, e il creditore, ossia l'eventuale destinatario dello stesso, presta adesione alla misura presa dal debitore. L'ipotesi, conosciuta sotto la denominazione di deposito in funzione di garanzia, non presenta gli estremi del sequestro convenzionale, perchè il deposito non è determinato da una controversia relativa alla cosa depositata; e la restituzione di questa dipende, non già dall'esito di una controversia ma dalla sorte dell'obbligazione alla quale il deposito è collegato.

Nel caso in cui oggetto del deposito sono il danaro o altre cose fungibili con facoltà del depositario di servirsene, coerentemente al trapasso di proprietà di queste cose al depositario (art. 622, primo comma), devono osservarsi, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo (art. 622, secondo comma). Con detto rinvio non si è inteso peraltro risolvere la questione dogmatica, tuttora controversa, se il deposito irregolare si trasformi in mutuo; ma si è voluto soltanto applicare al deposito quelle disposizioni che sono più rispondenti all'esigenza pratica ed alla funzione economica del rapporto, quando le cose depositate passano a disposizione del depositario. Tale disposizione domina tutti i depositi irregolari, restando integrata, per i depositi bancari in particolare, da quanto stabiliscono gli articoli 674 a 677.

197. — La diligenza del depositario si è ricondotta, come si è detto (n. 25), al tipo astratto del buon padre di famiglia, che elimina anche le difficoltà della prova, a cui la varietà dei casi pratici dava luogo nel sistema della diligenza in concreto adottato dall'art. 1843 del codice del 1865. Anche il depositario gratuito deve usare la diligenza normale; ma, come nel mandato gratuito, si è concesso al giudice di apprezzare con minor rigore la responsabilità del depositario quando non ha diritto a rimunerazione (art. 608).

L'obbligo di custodia, di cui l'incapace risponde nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per atti illeciti (art. 609), è personale e implica perciò il divieto del subdeposito: questo divieto garantisce la costante vigilanza sulla cosa depositata ad opera della persona scelta dal depositante e può essere superato dal consenso del depositante stesso (art. 610, primo comma). In particolari urgenti contingenze (ad esempio, in caso di pericolo che minacci la conservazione della cosa, specialmente se si tratta di oggetti preziosi o di valore storico o artistico) e nell'interesse del depositante, è riconosciuta al depositario la facoltà di modificare le condizioni pattuite per la custodia (articolo 610, secondo comma).

Il depositario non può servirsi della cosa senza il consenso del depositante (art. 610, primo comma); questa proibizione esiste anche quando il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili. In quest'ultimo caso, se il depositante ha autorizzato il depositario a servirsi della cosa depositata, la proprietà di essa, come si è rilevato (n. 196), si acquista dal depositario, che deve restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (art. 622, primo comma).

198. — E' tradizionale il principio secondo il quale il depositario deve restituire la cosa al depositante. Di esso, in conformità del codice del 1865 e della tradizione storica, si è conservata (art. 618), nell'interesse del depositario, la rigida applicazione, nonostante qualche dubbio sollevato al riguardo, anche quando il depositario venga a conoscenza che la cosa proviene da un reato e gli sia nota la persona a cui è stata sottratta, qualora questa, dopo la denunzia fattale del depositario, non faccia opposizione entro breve termine. Per il caso in cui il depositario sia convenuto in giudizio da chi pretenda la proprietà od altro diritto sulla cosa, in analogia a quanto si è stabilito per la locazione (art. 425), si è imposto al depositario l'obbligo di denunziare la lite al depositante; il depositario può ottenere la sua estromissione mediante la *laudatio auctoris* e può liberarsi dall'obbligo di restituire depositando la cosa nei modi stabiliti dal giudice (art. 617, secondo comma).

Dal principio che normalmente il deposito si effettua nell'interesse del depositante, deriva la regola, contenuta nell'art. 1860 cod. civ. del 1865 e ripetuta nell'art. 611, che il depositario deve restituire la cosa quando il depositante la richieda. Due eccezioni peraltro sono state poste a tale regola. Una, già sostanzialmente preveduta nell'art. 1860, secondo comma, del codice del 1865, è nel senso che il depositario può costringere il depositante a riprendersi la cosa anche prima del tempo che lo stesso depositante potrebbe ritenere di suo interesse circa la durata del deposito, salva l'esistenza di un termine a favore del depositante. L'altra, nuova, è nel senso che il depositante non possa chiedere la restituzione *ad libitum*, quando è stato convenuto un termine nell'interesse del depositario; questo termine è largamente applicato nella pratica relativa ai depositi vincolati, ma può riferirsi ad ogni tipo di deposito, se per l'entità o per la modalità del pagamento del compenso, o in rapporto alle spese che il depositario sostiene, questi abbia convenuto un termine a suo favore.

Più persone possono aver diritto alla restituzione, o perchè più sono i depositanti (art. 612, primo comma), o perchè all'unico depositante succedono più eredi (art. 612, secondo comma). Il codice del 1865 prevedeva solo questa seconda ipotesi in una disciplina sostanzialmente riprodotta nel codice nuovo. Si è considerato che, quando vi è una pluralità di depositanti, si profila il loro interesse alla restituzione della cosa nella sua integralità e non per parti, per quanto oggetto del contratto sia una cosa divisibile; i depositanti devono quindi accordarsi circa le modalità della restituzione, altrimenti le modalità stesse saranno stabilite dall'autorità giudiziaria, su istanza di alcuno degli interessati. Diverso è il caso che si tratti di più depositari, perchè allora non è necessario che il depositante debba perseguirli tutti per ottenere la restituzione. Basta quindi che egli si rivolga contro colui o coloro che detengono la cosa, mentre gli eventuali diritti degli altri depositari sono salvaguardati dall'obbligo, imposto al detentore o ai detentori, di dare pronta notizia, agli altri depositari, della domanda di restituzione (art. 612, terzo comma).

Infine, se il deposito è stato eseguito nell'interesse di un terzo che abbia aderito al rapporto, la cosa depositata non può essere restituita al depositante senza il consenso del terzo (art. 613).

199. — Nell'art. 615 si è riprodotta soltanto la norma contenuta nel primo comma dell'art. 1852 del codice civile del 1865, e, in conformità dello stesso, si è disposto che il depositario è tenuto a restituire, con la cosa, gli accessori di questa, consistenti nei frutti percepiti. Per i frutti percipiendi è questione di responsabilità, non di restituzione.

Non si è riprodotto il secondo comma del suddetto art. 1852 cod. civ. abrogato, relativo agli interessi sul denaro depositato, perchè superfluo. Infatti se si tratta di deposito regolare, gli interessi sono dovuti soltanto dalla costituzione in mora (articolo 54) ovvero dalla conversione in proprio uso che del danaro il depositario abbia fatto, violando i suoi doveri e incorrendo in responsabilità (art. 49, secondo comma, n. 1); se invece si tratta di deposito irregolare, in base al combinato disposto degli articoli 622, secondo comma, e 655, sono dovuti gli interessi compensativi, come per le somme mutuate, indipendentemente da costituzione in mora.

§ 2. — *Il deposito in albergo.*

200. — La disciplina del deposito in albergo non ha particolarità proprie relativamente alle cose che il viaggiatore consegna all'albergatore. Per esse l'albergatore risponde come depositario, secondo le norme comuni del deposito (art. 623), qualunque sia la natura delle cose depositate; l'art. 12, n. 1, r. d. 12 ottobre 1919, n. 2099, sembrava invece volesse limitare l'applicazione dei principii generali al solo caso di consegna di danaro, di titoli, di oggetti preziosi e di oggetti di notevole valore.

Il rapporto che si istituisce per il semplice fatto che il viaggiatore introduce nell'albergo le cose che porta con sè, senza affidarle all'albergatore è stato invece mantenuto sotto l'influenza del principio della limitazione della responsabilità dell'albergatore, introdotto con la citata legge del 1919. Nel nuovo codice però si è, per ovvie ragioni di adeguamento del valore monetario, elevato da lire mille a lire cinquemila il limite della responsabilità (art. 624, primo comma). Ma era necessario ammettere, e si sono infatti ammesse, due eccezioni al principio della limitazione. L'una riguarda il caso della colpa grave dell'albergatore, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari (art. 624, secondo comma, n. 1); l'altra concerne il caso in cui l'albergatore, senza giusti motivi, abbia

rifiutato di ricevere in custodia le cose del cliente (art. 624, secondo comma, n. 2). Peraltro si considerano come giusti motivi, sia l'eccessivo valore della cosa in relazione all'importanza dell'albergo, sia il carattere ingombrante della cosa stessa (art. 624, secondo comma, n. 2).

Nel caso di colpa del cliente, l'esonero dell'albergatore deriverebbe dai principii generali, salvo l'onere, a suo carico, di provare la colpa medesima. Senonchè, quanto alla responsabilità dell'albergatore per le cose portate in albergo, si è prospettata la questione se, ai fini dell'esonero, possa bastare la colpa lieve del cliente, od occorra invece la sua colpa grave. La legge del 1919 adottò la seconda soluzione, che è rimasta confermata nel nuovo codice (art. 624, terzo comma). Comunque è da credere che, pur persistendo la responsabilità dell'albergatore anche di fronte alla colpa lieve del cliente, questa debba dar luogo, secondo i principii generali, ad una attenuazione del risarcimento dovuto dal primo, quando sia provata la sua decisiva influenza sull'evento dannoso.

Altri casi di esonero, di ovvia evidenza, sono quelli in cui la perdita o il deterioramento siano dipesi da caso fortuito o dalla natura o da un vizio della cosa (art. 624, terzo comma).

Si è anche accolta la sanzione della nullità stabilita dalla legge del 1919 per i patti che tendono ad escludere o a diminuire la responsabilità disciplinata dall'art. 624. La nullità discende logicamente dalla condizione di necessità in cui si trova il viaggiatore, a tutela del quale la norma è stata dettata.

Che il cliente debba denunciare il danno appena ne abbia avuto conoscenza, è norma giustificata dalla considerazione che l'albergatore, essendo soggetto ad una grave responsabilità, deve essere messo in grado di poterne accertare prontamente le cause e le conseguenze. La sanzione della decadenza del cliente dai suoi diritti è sancita dall'art. 625, come già dalla legge del 1919.

Per evidente affinità di situazioni, l'art. 626 estende la disciplina del deposito di albergo anche agli stabilimenti e locali assimilabili agli alberghi, in conformità all'indirizzo già affermatosi nella giurisprudenza.

§ 3. — *Il deposito presso i magazzini generali.*

201. — Nel deposito presso i magazzini generali si è tenuta distinta la disciplina dei rapporti tra depositante e magazzini generali, dalla disciplina dei due titoli caratteristici di questo genere di deposito: la fede di deposito e la nota di pegno.

Dal primo aspetto il codice considera la responsabilità dei magazzini generali, che viene meno solo con la prova che la perdita, il calo o le avarie delle cose depositate sono derivate da caso fortuito o dalla natura delle merci o da vizi di essi o dell'imballaggio (art. 627); il diritto del depositante d'ispezionare la merce depositata e di ritirare i campioni d'uso (art. 628), diritto che passa al giratario della fede di deposito (art. 633, ultimo comma); il diritto dei magazzini generali a vendere le merci depositate se, al termine del contratto, esse non sono ritirate, o dopo un anno dal deposito quando il contratto è a tempo indeterminato, e in ogni caso quando le merci sono minacciate di deperimento (art. 629).

Circa il regime dei titoli caratteristici del deposito nei magazzini generali, esso va ricondotto alle disposizioni relativi ai titoli di credito; e perciò il nuovo codice non ha riprodotto gli articoli 467, 469, 472, 476 cod. comm. Impropriamente l'art. 465, secondo comma, cod. comm. enunciava che la fede di deposito attribuisce la proprietà delle merci; mentre, come più esattamente dichiara ora l'art. 633, primo comma, essa dà diritto alla riconsegna, diritto che, nei titoli rappresentativi, implica il possesso e la disponibilità delle cose.

La vendita delle merci depositate è stata ricondotta alla disciplina stabilita dall'art. 354 (articoli 629 e 636); mentre l'articolo 473 cod. comm. è assorbito nella disposizione generale dell'art. 99 del libro della tutela dei diritti.

54. — Il sequestro convenzionale.

202. — Il nuovo codice, in conformità di quello precedente, non ha voluto ampliare la figura del sequestro convenzionale in modo da consentirlo, oltre che nel caso di controversia, anche in ogni altra ipotesi che possa consigliare lo spossessamento della cosa da parte dell'attuale detentore; alle esigenze prospettate da coloro i quali proponevano l'estensione medesima si provvede con la disposizione dell'art. 613 che regola, come si è visto (n. 196), il deposito in funzione di garanzia dell'interesse di terzi.

Oggetto del contratto può essere sia una cosa singola, sia un complesso di cose, come un'azienda o anche un intero patrimonio (art. 638). Ciò in relazione alle esigenze pratiche che già hanno avuto riconoscimento nella giurisprudenza, ed in coerenza con quanto dispone il codice di procedura civile (art. 670, n. 1) per il sequestro giudiziario.

A differenza del codice del 1865, che presumeva gratuito il contratto, ma permetteva la stipulazione di un compenso, con maggiore aderenza alla realtà delle cose si è stabilito, come si è già detto (n. 7), che il contratto deve intendersi retribuito, salvo patto contrario (art. 642).

Dato poi lo scopo particolare del contratto medesimo, chiaramente individuato nell'art. 638, si è lasciato alle parti di determinare gli obblighi, i diritti ed i poteri del sequestratario (art. 639). Soltanto in mancanza di pattuizioni al riguardo, si applicano le disposizioni della legge circa la custodia e la facoltà, in speciali contingenze, di alienare i mobili, e circa l'obbligo di amministrare le cose depositate, siano mobili che immobili; obbligo che, in certi casi, quando si tratta, ad esempio, di un'azienda, è in funzione diretta della custodia.

Per quanto concerne invece la liberazione del sequestratario, seguendo il sistema del codice abrogato, si distinguono due momenti: quello precedente e quello successivo alla definizione della controversia inerente alla cosa. Nel primo caso la liberazione non può derivare che dall'accordo delle parti o da giusti motivi; nel secondo dalla sentenza del magistrato (art. 641).

Anche a garanzia dei diritti spettanti al sequestratario si applica la norma contenuta nell'art. 118 del libro della tutela dei diritti.

55. — Il comodato.

203. — Il comodato si può riferire tanto alle cose mobili, quanto agli immobili (art. 643, primo comma); si distingue dal precario (art. 650) perchè la cosa deve essere goduta dal comodatario per un tempo e per un uso determinato.

Il contratto nel nuovo codice rimane con la caratteristica essenziale della gratuità (art. 643, secondo comma); in modo che la promessa o la corresponsione di un compenso dà luogo ad una figura di contratto diverso, da identificarsi caso per caso.

Si fa divieto al comodatario di concedere ad un terzo il godimento della cosa (art. 644, secondo comma); e così, data la larga formulazione della norma, rimangono proibiti tanto il subcomodato, in conformità di altre moderne legislazioni,

quanto qualsiasi cessione di godimento, anche mediante corrispettivo. Il comodato ha di regola, come movente, l'interesse del comodatario; perciò sarebbe in antitesi col concetto stesso del contratto e con la fiducia su cui si basa, che il comodatario trasferisse a sua volta la cosa ad altri, e, peggio ancora, che la facesse oggetto di speculazione.

Nel caso di inosservanza degli obblighi stabiliti a carico del comodatario, il codice del 1865 (art. 1808) comminava soltanto il risarcimento dei danni; la sanzione era insufficiente, e ad essa si è aggiunta espressamente (art. 644, terzo comma), in conformità di quanto già riteneva la dottrina, anche la facoltà del comodante di chiedere la restituzione immediata della cosa.

Il comodatario ha diritto al rimborso delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa anche quando avrebbe potuto avvisare il comodante dell'urgenza e della necessità della spesa (art. 648, secondo comma, in rapporto all'art. 1817 del codice del 1865). Da un lato è sembrato che il comodante fosse sufficientemente tutelato, contro ogni abuso del comodatario, dal controllo del giudice sulla imprescindibilità della spesa; dall'altro è apparso eccessivo subordinare il rimborso di essa, come faceva il codice del 1865, alla difficile prova dell'impossibilità, da parte del comodatario, di dar avviso delle circostanze che avevano determinato il bisogno dell'anticipazione. A garanzia del suo rimborso rimane al comodatario, in base all'art. 113 del libro della tutela dei diritti, un diritto di ritenzione e di privilegio sui mobili che egli ha ricevuto in comodato.

Il comodante può esigere la restituzione immediata della cosa comodata in caso di urgente ed impreveduto bisogno (art. 649, secondo comma). Una volta accertato tale bisogno il giudice non ha più il potere discrezionale di obbligare o meno il comodatario a restituire, sulla considerazione di altre circostanze, come sembrava trarsi dalla disposizione dell'articolo 1816 cod. civ. del 1865.

In coerenza poi con la natura particolare e con le finalità del contratto, nell'art. 651 si è stabilito che, in caso di morte del comodatario, il comodante, se non vi è patto in contrario, può esigere l'immediata restituzione della cosa, nonostante l'esistenza del termine. Con ciò si è estesa la disposizione dell'art. 1807, secondo comma, del codice del 1865, che limitava tale diritto soltanto al caso in cui il contratto fosse stato stipulato con particolare riferimento alla persona del comodatario.

56. — Il mutuo.

204. — Anche il nuovo codice considera la tradizionale caratteristica della consegna della cosa mutuata quale requisito di perfezione del mutuo (art. 653). Peraltro ha pure contemplato il patto *de mutuo contrahendo* (art. 662) per applicarvi il principio consacrato nell'art. 300, secondo il quale il mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente obbligato a controprestare o a restituire, autorizza l'altro contraente a sospendere o a rifiutare la prestazione da lui dovuta.

Una innovazione importante è stata introdotta con l'articolo 655, che (lo si è detto: n. 7) unifica il regime del mutuo civile e di quello commerciale, nel senso di porre a carico del mutuatario l'obbligo di corrispondere gli interessi se non è stata convenuta la gratuità del prestito. Gli interessi dovuti sono quelli legali, qualora per iscritto non sia stato stabilito un interesse superiore (art. 114); ma, quando gli interessi sono usurari, l'importo convenuto si riduce alla misura legale, senza che sia necessario indagare, come dovrebbe farsi in base all'art. 258, primo comma, se il mutuante avrebbe consentito ugualmente il mutuo ove il mutuatario si fosse dimostrato disposto a corrispondere solo l'interesse legale. La sanzione di nullità si è così limitata all'eccedenza sulla misura degli interessi legali, mantenendosi fermo, nel resto, il contratto. In tal modo, da una parte si è colpito il mutuante impedendogli di godere del vantaggio usurario che si era fatto promettere dal mutuatario; dall'altra non si è danneggiato il mutuatario, il quale, se si fosse dichiarato nullo il contratto, sarebbe rimasto obbligato all'immediata restituzione del capitale ricevuto. Non si è perciò neppure permesso, come consentiva il codice del 1865 (art. 1831, ultimo comma), che, per il solo fatto della mancanza di una scrittura dalla quale risultasse l'interesse ultralegale, il mutuatario si arricchisse indebitamente continuando a godere la somma ricevuta senza corrispondere alcun interesse.

Al carattere oneroso che assume il mutuo con interesse, si ricollega la disposizione dell'art. 660, secondo la quale il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto se il mutuatario non corrisponde gli interessi. Il mutuo ad interessi è un contratto a prestazioni corrispettive, cosicchè l'inadempimento del mutuatario all'obbligo di corrispondere il compenso convenuto per il godimento del capitale ricevuto sarebbe rientrato nella sfera dell'art. 292; tuttavia si è dettata un'espressa sanzione per soddisfare con maggiore chiarezza alle esigenze della pratica, che nei contratti di mutuo quasi sempre inserisce una clausola conforme alla norma dell'art. 660.

Alla stessa necessità pratica e sempre alla tutela dell'interesse del mutuante è informata la disposizione dell'art. 659 per cui il mutuante, nel caso di pattuita restituzione rateale, può chiedere l'immediata restituzione dell'intero, qualora il mutuatario venga meno all'obbligo di corrispondere anche una sola rata. Si tempera il rigore della norma disponendo che nel pronunziare la restituzione il giudice debba tener conto delle circostanze del singolo caso, tra cui la situazione del mutuatario.

57. — Il conto corrente.

205. — Il contratto di conto corrente vuole evitare il pronto pagamento dei crediti esigibili che possono maturare a favore di ciascuna delle parti nel corso di una loro durevole relazione di affari, rendendone possibile una differita e globale compensazione. Tale finalità viene raggiunta mediante l'obbligo delle parti di immettere nel conto i crediti, che vengono dichiarati inesigibili per la durata del conto medesimo o di determinati suoi periodi, mentre viene reso esigibile, alla chiusura di ciascun periodo, il saldo risultante dalla compensazione tra le due masse delle partite contrapposte (art. 663). L'obbligatorietà dell'immessione dei crediti e dei debiti reciproci ha limite necessario nella ragione del rapporto di conto corrente e nella natura dei crediti di ciascuna parte; perciò, se i correntisti sono imprenditori, devono ritenersi esclusi dal conto corrente i crediti estranei alle rispettive imprese (art. 664, secondo comma); se poi i crediti sono insuscettibili di compensazione, essi non possono venire attratti nella sfera del rapporto di conto corrente, dato che non possono far luogo a quella compensazione che è invece essenziale al rapporto stesso (art. 664, primo comma).

206. — Le rimesse conservano il loro carattere giuridico di crediti veri e propri, e non si trasformano, come ha sostenuto una diffusa ma non accettabile opinione, in semplici « poste numeriche »; da ciò l'art. 665 che ammette la decorrenza degli interessi sulle rimesse medesime.

I crediti immessi nel conto non perdono nemmeno la loro individualità giuridica, e non rompono quindi i legami con il loro titolo originario. Perciò i diritti di commissione e i crediti per spese inerenti ai rapporti che hanno dato causa alle rimesse, non solo non vengono meno per effetto del contratto di conto corrente, ma sono inclusi nel conto, quando non sussista una convenzione in senso contrario (art. 666); non ostante l'inclusione nel conto del singolo credito, persistono poi le azioni di nullità, di rescissione e di risoluzione che possono far capo al titolo originario, e che possono produrre l'eliminazione della partita dal conto (art. 667).

In conseguenza di tali principii, l'immissione nel conto non produce più quella novazione che invece provocava in base all'art. 345, primo comma, n. 1, cod. comm.; le garanzie reali o personali e le obbligazioni solidali inerenti ai rapporti sottostanti rimangono ferme per la durata del conto e si trasferiscono a favore del saldo, fino a concorrenza però dell'originario importo del credito garantito (art. 668); le rimesse costituite da crediti verso terzi si presumono inserite nel conto « salvo incasso », e non implicano trasferimento definitivo, in modo che il ricevente, nel caso che il terzo non adempia, può stornare la partita anche senza iniziare le azioni contro il debitore (articolo 669).

L'inesigibilità dei crediti in pendenza del conto non impedisce ai creditori di un correntista di cautelarsi preventivamente sul saldo, che potrà eventualmente spettare al proprio debitore (art. 670, primo comma): le ragioni del creditore non possono però rimanere pregiudicate da operazioni successive al sequestro e al pignoramento, salvo che le operazioni stesse si giustifichino in base a un titolo precedente. Ma poichè l'azione esercitata dal creditore ostacola il normale svolgimento del rapporto, il quale verrebbe a continuare solo per il correntista che non ha subito atti di esecuzione o cautelari, così si è dato a ciascuno dei correntisti il potere di recedere dal contratto (art. 670, secondo comma).

207. — La chiusura del conto non implica sempre cessazione del rapporto, e produce solo la determinazione e l'esigibilità del saldo. Essa è regolata negli articoli 671 e 672 in conformità agli usi, sia quanto al termine periodico dei saldi, sia quanto alle modalità di approvazione e di contestazione del conto, ispirate al bisogno di definire rapidamente ogni vertenza.

Ciascuno dei correntisti ha, pure in base al nuovo codice, il diritto di recedere dal contratto in caso di morte o di sopraggiunta incapacità di uno di loro (art. 673, secondo comma). Non si giustifica infatti l'opinione di coloro che avrebbero preferito attribuire tale diritto solo agli eredi del correntista morto o al correntista incapace, non pure all'altro correntista; questo resterebbe vincolato al rapporto, anche se egli non ha fiducia nelle persone degli eredi o se le sue relazioni d'affari risentono le conseguenze delle limitazioni che subisce l'attività del contraente incapace.

Si noti che, per l'art. 673, terzo comma, la risoluzione anticipata del rapporto, ove non dipenda da colpa, se fa cessare le operazioni e accertare alla sua data il saldo non rende questo esigibile prima del termine previsto per la chiusura dalla convenzione, dall'uso o dalla legge: si è voluto evitare al correntista debitore, che non abbia dato causa alla risoluzione, l'onere, talvolta grave, di un anticipato pagamento del saldo.

58. — I contratti bancari.

208. — Il deposito di una somma di danaro produce trapasso della proprietà del danaro alla banca, e obbligo di restituire il *tantundem* nella stessa specie monetaria (art. 674, primo comma).

Solitamente per i depositi di danaro a risparmio la banca rilascia un libretto; in esso devono annotarsi tutte le operazioni, e la sottoscrizione dell'impiegato della banca fa piena prova nei rapporti tra questa e il depositante, purchè l'impiegato che ha sottoscritto sia quello che figura addetto al servizio, senza che il cliente abbia l'onere di indagini sulla realtà dell'incarico apparente (art. 675). Si attribuisce al libretto di deposito pagabile al portatore, anche se intestato al nome di una persona, il carattere di titolo di legittimazione (art. 676); il che facilita le operazioni, consentendo alla banca di pagare validamente anche senza indagini sui rapporti interceduti tra l'intestatario e il presentatore del libretto, salvi sempre gli effetti del dolo e della colpa grave, di cui al secondo comma dell'art. 832, richiamato dall'art. 676.

Al minore che abbia compiuto i diciotto anni si è riconosciuta la capacità di compiere le operazioni di deposito a risparmio (art. 677) generalizzandosi una norma già in vigore per le Casse di risparmio, la quale oggi appare meno eccezionale di fronte al disposto dell'art. 3 del libro primo del nuovo codice, che attribuisce al minore, con il compimento dei diciotto anni, piena capacità di agire nei rapporti di lavoro. Come opportuno temperamento si è ammessa l'opposizione del legale rappresentante del minore.

Nei depositi di titoli in amministrazione (art. 678), data la natura dell'oggetto, l'obbligo della custodia si completa con un complesso di altre prestazioni le quali, se attribuiscono alla banca il diritto ad un compenso (art. 678, terzo comma), addossano però alla stessa dei doveri di diligenza, che non possono essere elusi con patti di esonero (art. 678, quarto comma). La sanzione di nullità di questi patti tutela la massa dei depositanti e corrisponde agli scopi del contratto, che ha nella sua essenza la finalità di porre a carico della banca la cura di amministrare i titoli e le conseguenze di ogni trascuratezza in cui può fare incorrere l'attività relativa. Senza tale responsabilità i depositanti preferirebbero collocare i titoli in cassette di sicurezza.

209. — Il servizio delle cassette di sicurezza è regolato negli articoli 679 a 681 in modo da lasciare impregiudicata la questione della sua natura giuridica.

La banca non risponde direttamente del contenuto della cassetta, ma dell'integrità della stessa e di quella dei locali adibiti al servizio, salvo il caso fortuito (art. 679): la difficile prova sull'entità del contenuto è regolata dai principii generali, e deve essere fornita dal cliente. Si è affermato che, se la cassetta è intestata a più persone, ciascuna di queste ha il diritto di procedere separatamente alla sua apertura (art. 680, primo comma) e che, nell'ipotesi di morte dell'intestatario o di uno degli intestatari, la banca deve consentire l'apertura della cassetta con l'accordo di tutti gli aventi diritto (art. 680, secondo comma), ma a condizione che abbia avuto comunicazione della morte dell'intestatario; in modo che rimane escluso ogni suo obbligo di prendere iniziative per i necessari accertamenti.

La banca è autorizzata a una sollecita procedura diretta a liberare la cassetta e a riprenderne la disponibilità nei casi, non rari in pratica, in cui l'intestatario, scaduto il contratto e avendo ritirato i valori, non cura di rinnovarlo e non restituisce la chiave della cassetta (art. 681).

210. — Respinta la concezione che ravvisava un contratto preliminare di mutuo nell'apertura di credito bancario, l'articolo 682 fa consistere questo contratto nell'obbligo della banca di tenere una somma di danaro a disposizione dell'accreditato. In realtà la funzione economica dell'apertura di credito

consiste nell'immediata attribuzione al cliente del diritto di disporre della somma stessa a seconda dei suoi bisogni, e non nell'effettiva utilizzazione di questa o nella promessa di addivenire ad un contratto di mutuo.

Si considera figura normale di apertura di credito quella c. d. in conto corrente, che consente all'accreditato di rinnovare, per la durata del rapporto, le operazioni di prelevamento e di versamento, ripristinando così, mediante i versamenti, la disponibilità del credito (art. 683). Questo meccanismo contrattuale si ripercuote sulla disciplina della garanzia reale e personale prestata a favore dell'accreditante, facendola limitare e dilatare automaticamente, in corrispondenza alle oscillazioni del saldo del conto, fino al massimo della somma originariamente garantita o, in mancanza, fino alla somma massima posta dalla banca a disposizione dell'accreditato (articolo 684, primo comma): il garante non è liberato per la sola circostanza che in un dato momento il conto non presenti un saldo a debito del cliente. Caratteristica dell'apertura di credito in conto corrente garantito è poi la costante correlazione tra l'importo del credito e il valore della garanzia, per cui, ove questa divenga insufficiente, la banca ha diritto di ottenere un supplemento (art. 684, secondo comma).

Si è riconosciuta la pratica che consente alla banca la facoltà di recedere dal contratto, anche se a tempo determinato; ma si è disciplinata questa facoltà, per evitare che essa, inconsideratamente esercitata, possa arrecare grave pregiudizio all'accreditato. Occorre una giusta causa di recesso; questo sospende immediatamente ogni ulteriore utilizzazione del credito, ma comporta tuttavia un termine di almeno quindici giorni, per mettere in grado l'accreditato di far fronte all'obbligo di restituire quanto ha prelevato (art. 685).

211. — L'anticipazione su pegno può mantenere la sua autonomia giuridica di fronte all'apertura di credito, perchè ha la precipua finalità di finanziare operazioni su merci. Il rapporto non ha lineamenti semplici; le merci alle quali serve l'operazione vengono date in pegno alla banca, e l'anticipazione risente delle variazioni di valore che esse possono subire nel corso del rapporto e delle negoziazioni di cui possono divenire oggetto.

La banca non può disporre delle cose ricevute in pegno se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesse risultino individuate; anche in questo caso il diritto di disporre può essere attribuito alla banca, ma il patto relativo deve essere provato per iscritto (art. 686). L'obbligo di custodire le cose date in pegno include anche quello di assicurarle, in quanto questo, date le circostanze del caso, risponda alle cautele d'uso (art. 687); le spese occorse per la custodia delle cose stesse devono essere rimborsate dal cliente, salvo il caso di pegno irregolare (art. 688); la banca ha poi diritto a un corrispettivo per il prestito effettuato (interessi ed eventualmente un diritto di commissione: art. 688). Il debitore, in deroga al principio dell'indivisibilità del pegno (art. 151 del libro della tutela dei diritti), può ritirare anche prima della scadenza del contratto, e in una o più riprese, le merci e i titoli stessi, estinguendo proporzionalmente i suoi debiti verso la banca (art. 689); con che si facilita la circolazione delle merci non ostante l'esistenza del pegno, e si tutela l'interesse del proprietario delle merci ad evitarne l'immobilizzazione. Per converso, a garanzia della banca è previsto che, se muta la proporzione tra il valore del prestito e quello delle merci, può essere richiesto un supplemento di garanzia (art. 690).

Talvolta un'operazione di deposito, pur mantenendo la propria individualità, viene vincolata specificatamente a garanzia di uno o più prestiti consentiti dalla banca a favore dello stesso depositante o di terzi (art. 691). L'effetto di questo patto è ovviamente l'indisponibilità del deposito; ma di più si ha una inscindibilità di operazioni, attraverso il vincolo imposto sull'una a favore dell'altra, vincolo che resiste anche alla sopravvenienza di una procedura concorsuale, se questa importi, in via di massima, divieto di compensazione, e che concentra il debito della banca nel residuo eventualmente a credito del cliente.

212. — Nella pratica bancaria il rapporto di conto corrente si collega e spesso si sovrappone a diverse operazioni, che rispondono a distinti tipi contrattuali, quali il deposito, l'apertura di credito, l'anticipazione, e altre ancora. Attraverso il conto corrente la banca svolge a favore dei clienti vari servizi, tra cui principalmente quello di cassa, quello dei giroconti e delle stanze di compensazione, e assume mandati e delegazioni in forme diverse, tra cui primeggiano le varie specie di assegni bancari. Questo rapporto di conto corrente, dalla dottrina detto improprio, ha pochi punti di contatto con quello di conto corrente regolato negli articoli 663 a 673; e infatti di quest'ultimo si applicano al conto corrente bancario solo le norme concernenti i diritti di commissione, la condizione del salvo incasso e l'approvazione o la contestazione del conto (art. 697).

Tra le caratteristiche del conto corrente emerge quella che la disponibilità delle somme accreditate rimane al correntista per tutta la durata del rapporto (art. 692), e che, se tra la banca e uno stesso cliente intercedono molteplici rapporti, i saldi attivi di uno dei conti si compensano con i saldi passivi che altri conti possono presentare (art. 693; cfr., del resto, art. 73, primo comma).

I vari intestatari di un unico conto, anche quando abbiano la facoltà di compiere operazioni separatamente, sono legati tra loro da una solidarietà, non soltanto passiva, ma anche attiva (art. 694). Questa regola, che logicamente si spiega in base all'unità del conto, riesce praticamente vantaggiosa, in quanto facilita e semplifica le liquidazioni, nello interesse, sia dei correntisti, nel caso di saldi a loro favore, sia della banca, nel caso di saldi per essa attivi.

Il recesso, nei rapporti di conto corrente a tempo indeterminato, è regolato dai principii generali che impongono l'obbligo della disdetta ad entrambe le parti (art. 695); perciò, mentre il correntista deve attenersi al termine di preavviso, la banca è obbligata, fino alla scadenza del termine stesso, a dar corso agli ordini del cliente, salvo beninteso il caso che, dalla natura del rapporto fondamentale, non risulti il contrario, o che gli ordini dati durante il periodo di preavviso siano eseguibili solo dopo la scadenza.

213. — La banca riceve ed assume incarichi di operazioni nell'interesse dei suoi clienti non soltanto in base a rapporti di conto corrente, ma anche indipendentemente dall'esistenza di rapporti del genere. Si è regolata la posizione della banca solo a proposito delle operazioni in conto corrente, perchè è più frequente il caso che l'incarico venga conferito e assunto quando esiste già tra banca e cliente un rapporto di conto corrente (art. 696); le disposizioni relative hanno tuttavia una portata più generale, che il primo comma dell'art. 696 mette opportunamente in rilievo.

La banca è certo mandataria nelle ipotesi considerate (art. 696, primo comma). Ma essa non sempre può eseguire direttamente l'incarico; donde la norma (art. 696, secondo comma) che autorizza la sostituzione tutte le volte in cui, anche senza che sia stata preventivamente consentita dal mandante, essa si rende necessaria per la natura dell'incarico. Si chiariscono le conseguenze di questa sostituzione, attribuendo alla

banca la responsabilità per colpa nella scelta o nella trasmissione delle istruzioni (art. 696, secondo comma; cfr. art. 557, secondo comma).

214. — Lo sconto bancario è configurato come un prestito che la banca concede allo scontatario per anticipargli l'importo di un determinato credito che quest'ultimo ha verso un terzo, contro cessione *pro solvendo* del credito stesso, e trattenendo un compenso, corrispondente al saggio dello sconto (art. 698).

La forma più diffusa di sconto è lo sconto cambiario: essa è regolata dal principio dell'autonomia dell'operazione e quindi dell'esistenza e persistenza del rapporto sottostante di prestito; in modo che la banca, oltre i diritti c. d. cartolari, che le derivano dal legittimo possesso del titolo cambiario, ha anche quelli che le derivano dal rapporto fondamentale, e quindi l'azione causale diretta alla restituzione della somma anticipata (art. 699).

Altra figura di sconto ha per oggetto tratte documentate; essa pone una relazione tra la merce venduta dallo scontatario e la banca che, mediante lo sconto, anticipa al venditore il prezzo ed entra in possesso dei documenti rappresentativi. Per effetto di tale possesso, la banca acquista un diritto di pegno sulle merci (art. 700) ma non la proprietà delle merci medesime, come taluno ha preferito sostenere: questo trasferimento di proprietà sarebbe contrario alla funzione economica dell'intervento bancario attuato con lo sconto.

59. — La rendita perpetua.

215. — Nel dare la nozione della rendita perpetua, l'art. 701 dichiara che la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di cose fungibili è un corrispettivo dell'alienazione onerosa o un onere dell'alienazione gratuita di un immobile; rimane così chiarito che la rendita costituisce un semplice diritto di credito e non un onere inerente al fondo, come, in base alle norme del codice del 1865, si era da taluno ritenuto. Il carattere anzidetto risulta confermato anche nell'art. 708, nel quale, in ordine al riscatto, si è abbandonata la dizione usata nell'art. 1786, secondo comma, del codice del 1865 (« fondo obbligato per servizio della rendita »), parlandosi più propriamente di fondo su cui la rendita è garantita.

Per quanto riguarda il riscatto volontario, si sono regolati con uguali disposizioni i due casi della rendita fondiaria e di quella semplice (art. 706), perchè anche nella rendita semplice, una volta costituita, l'entità economica che deve formare oggetto del riscatto, anzichè dal capitale ceduto, è data dalle annualità che devono essere corrisposte. Per le modalità poi si è rinviato alle leggi speciali, al fine di mantenere una opportuna uniformità di criteri nelle modalità stesse, in confronto alle norme che regolano il riscatto di tutte le prestazioni di carattere perpetuo (cfr. art. 161 libro della proprietà).

In ordine al riscatto forzoso (art. 707) si è modificato soltanto il n. 1 del corrispondente art. 1785 del codice del 1865, la cui formulazione, come è noto, aveva dato luogo al dubbio se l'interpellanza dovesse o no precedere i due anni di mancato pagamento della rendita: si è precisato che la mora deve riferirsi a due annualità.

Nell'art. 708 poi si è parlato solo della non solvenza e non anche del fallimento del debitore della rendita, come nel corrispondente art. 1786 del codice precedente, perchè la non solvenza è un concetto più largo, nel quale rientra anche il fallimento.

Si è infine stabilito (art. 710), in coerenza a quanto si è disposto per l'enfiteusi (art. 159 del libro della proprietà), l'obbligo dell'atto di ricognizione quando si tratti di prestazione che debba durare oltre il termine normale della prescrizione stabilito nel libro della tutela dei diritti (art. 306).

60. — La rendita vitalizia.

216. — Ancora più scarse modificazioni sono state apportate al contratto di rendita vitalizia.

E' da notare, al riguardo, che nell'art. 714 si è risoluto un dubbio, sorto in relazione al codice del 1865 che nulla disponeva, per il caso in cui esistano più beneficiari e venga a mancare alcuno di essi: in tale ipotesi, di regola, la parte di quest'ultimo si accresce agli altri, salvo contraria convenzione.

E' da rilevare inoltre che nell'art. 716 si è mantenuto il concetto fondamentale, che il vitalizio è essenzialmente un contratto aleatorio; onde se ne è comminata la nullità (in senso assoluto, secondo la terminologia accolta nell'art. 257 di questo libro) quando la costituzione della rendita si riferisce alla vita di persona già defunta al tempo del contratto (cfr., al riguardo, anche il successivo art. 735).

61. — L'assicurazione.

217. — Il libro delle obbligazioni rimette alle leggi speciali così la determinazione delle condizioni fondamentali cui sono sottoposti la creazione e l'esercizio dell'impresa assicuratrice e la sorveglianza governativa (art. 723) come la disciplina delle assicurazioni sociali (art. 726); rinvia inoltre al codice della navigazione il regolamento particolare delle assicurazioni marittime ed aeronautiche (art. 725). Resta inteso che le norme comprese nel libro delle obbligazioni devono coordinarsi tanto con le leggi speciali quanto con le norme del codice della navigazione: esse si applicano solo ove nelle une e nell'altro manchino norme specifiche (articoli 725 e 726); si applicano anche alle assicurazioni mutue, ma compatibilmente con la specialità del rapporto. Essendosi voluto dare per l'assicurazione solo una disciplina di carattere generale, non si sono poste (salvo negli articoli 748, quarto comma, 753, secondo comma, 756, quarto comma e 757) norme particolari per i contratti relativi ai vari rami assicurativi; questi sono lasciati al regolamento convenzionale.

In massima il nuovo codice dà carattere dispositivo alle norme che detta per il contratto di assicurazione; si fa eccezione per alcune regole, elencate nell'art. 772, primo comma, le quali non possono venir derogate dalla convenzione se non in senso favorevole all'assicurato, e si sostituiscono di diritto alle corrispondenti clausole difformi del contratto. Si è in tal modo posta una rigorosa tutela della posizione dell'assicurato, spesso costretto ad accettare senza poterle discutere le condizioni generali di polizza predisposte dall'assicuratore a difesa esclusiva del proprio interesse. Questa tutela si aggiunge a quella generale considerata negli articoli 170 e 171, i quali impongono una specifica approvazione delle clausole di polizza che aggravano eccessivamente la posizione dell'assicurato.

218. — Il contratto di assicurazione si forma sulla base di una proposta sottoscritta dall'assicurato, spesso sollecitata e redatta dagli agenti dell'imprenditore. L'assicuratore però, ricevuta la proposta, suole svolgere complesse e costose indagini per apprezzare la convenienza del rischio. Di fronte a

ciò il proponente è tenuto a una maggiore serietà di determinazione (argomento dall'art. 167, primo comma); il che si risolve nel considerare la proposta come irrevocabile per tutto il tempo che il codice stabilisce (art. 727), e che è quello strettamente necessario al compimento delle indagini sull'entità del rischio.

Il contratto di assicurazione, anche secondo il nuovo codice richiede lo scritto *ad probationem* (art. 728). Le polizze di assicurazione possono essere emesse così all'ordine come al portatore (art. 729); ma esse non sono considerate come titoli di credito, perchè i diritti che rappresentano non si scorporano dal rapporto giuridico da cui nascono, e quindi trovano sempre il loro contenuto nel rapporto medesimo. La creazione di polizze all'ordine o al portatore ha lo scopo di consentire la cessione del credito verso l'assicuratore senza le forme della cessione (art. 729, primo comma), di attribuire al possessore una legittimazione all'esazione del credito cedutogli secondo le norme che valgono per i titoli di credito (art. 729, secondo comma), di consentire la cessione del contratto con la sola trasmissione della polizza nel caso di alienazione della cosa assicurata (art. 758, quinto comma).

219. — L'assicurazione può essere conclusa in nome altrui (rappresentanza) ovvero in nome proprio e per conto altrui o per conto di chi spetta. Nel primo caso solo se il contraente non ha i poteri necessari rimane, come si è già detto (n. 101), tenuto personalmente agli obblighi derivanti dal contratto e quindi al pagamento dei premi; ciò fino a quando l'assicuratore ha avuto notizia della ratifica o del rifiuto di questa (articolo 730, secondo comma). Nel secondo caso il contraente è sempre tenuto in proprio al contratto, salvo per quegli obblighi che possono essere adempiuti solo dall'assicurato.

L'assicurazione sulla vita può concludersi a favore di un terzo (art. 760, primo comma), designato per iscritto, o nel contratto di assicurazione o con successiva comunicazione all'assicuratore o per testamento anche mediante la semplice attribuzione a una persona determinata della somma coperta dall'assicurazione (art. 760, secondo comma). Con le medesime forme la designazione può revocarsi; ma solo ad opera dello stipulante, non ad opera dei suoi eredi e semprechè, verificatosi l'evento, il beneficiario non abbia dichiarato di volere profittare del beneficio (art. 761, primo comma). E poichè il beneficio, nelle assicurazioni per causa di morte implica prestazione da farsi al terzo dopo il decesso dello stipulante, resta inteso che è applicabile anche l'art. 251, primo comma. Il beneficiario decade dal beneficio se attenta alla vita dell'assicurato (art. 762, primo comma); nel caso di irrevocabilità la designazione a titolo gratuito può essere revocata per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (art. 762, secondo comma).

220. — Nel sistema del codice di commercio le dichiarazioni false, inesatte o reticenti producevano sempre la nullità del contratto; l'eventuale stato di buona fede da parte dell'assicurato provocava la sola conseguenza di esonerarlo dall'obbligo di corrispondere i premi che, nel caso di mala fede, erano invece dovuti non ostante la nullità del contratto (articolo 429).

Un rigore del genere aveva suscitato molte critiche, specialmente perchè faceva venir meno il contratto anche nel caso della più lieve inesattezza incorsa nelle dichiarazioni dell'assicurato, causata da errore scusabile. La critica era stata accolta dagli assicuratori, che vi avevano rimediato in alcuni casi mediante le c. d. clausole di incontestabilità, le quali implicavano un apprezzamento benevolo della situazione dell'assicurato quando non fosse stato in dolo o in colpa grave.

E infatti il nuovo codice solo al caso in cui il contraente sia stato in dolo o colpa grave riconnette l'annullamento del contratto; ma peraltro sottopone l'azione relativa a decadenza per l'ipotesi in cui l'assicuratore non dichiari, entro un breve termine, di volerla esercitare (art. 732, primo e secondo comma). Se il contraente ha abito senza dolo o colpa grave, si prevede il solo diritto dell'assicuratore di recedere dal contratto entro un termine stabilito dalla stessa legge (art. 733, primo comma); in modo che la continuazione del medesimo è talvolta resa possibile, qualora l'assicuratore ritenga che la falsità, l'inesattezza o la reticenza non abbiano prodotto intollerabili turbamenti nell'economia del contratto. Nel caso di dolo o colpa grave l'assicurato rimane scoperto di assicurazione durante il termine assegnato all'assicuratore per dichiarare di volere esercitare l'azione (art. 732, terzo comma); se non vi è stato dolo o colpa grave, e fino al termine consentito per il recesso, l'importo della somma assicurata è ridotto nella stessa proporzione in cui il premio convenuto si trova rispetto a quello che sarebbe stato applicato se l'assicuratore avesse conosciuto la verità (art. 733, secondo comma): dati i progressi tecnici dell'industria assicurativa non è difficile determinare il premio in astratto con riferimento alla realtà del rischio, apparsa successivamente alla conclusione del contratto. Quanto ai premi convenuti, essi sono dovuti, così se il contraente abbia agito senza dolo o colpa grave (il che è ovvio dato che il rischio, in tal caso, resta ugualmente coperto, per quanto in proporzione minore), come se il contraente sia stato in dolo o colpa grave (a titolo di risarcimento del danno).

221. — L'assicurazione è nulla se l'assicurato non ha un interesse all'assicurazione (art. 744) o se il rischio non esiste al momento della conclusione del contratto (art. 735); l'assicurazione invece si risolve se il rischio viene meno dopo la conclusione del contratto (art. 736).

L'interesse all'assicurazione, nel caso di assicurazione dei danni, è l'interesse al risarcimento dei medesimi (art. 744); per l'assicurazione sulla vita di un terzo occorre invece il consenso alla conclusione del contratto, dato per iscritto dal terzo o dal suo rappresentante legale (art. 759, secondo comma). Se il rischio non esiste al tempo della conclusione del contratto, ovviamente i premi non sono dovuti; se invece cessa dopo tale conclusione, i premi devono corrispondersi fino a quando l'assicuratore non abbia avuto notizia della cessazione del rischio (art. 736): non è equo far gravare sull'assicuratore le conseguenze della cessazione stessa, che l'assicurato ha tutto l'interesse di comunicare subito.

La diminuzione dell'entità del rischio dà diritto a una riduzione del premio a decorrere dalla scadenza di questo o della rata di premio successivi alla comunicazione dello evento che ha prodotto il rischio minore; ma l'assicuratore ha facoltà di recedere dal contratto (art. 737), potendo il rischio essere tanto tenue da meritare un premio non conveniente, in rapporto alle esigenze dell'organizzazione dell'impresa assicuratrice.

Il recesso è consentito anche nel caso di aggravamento del rischio (art. 738, secondo comma). Nelle more del termine stabilito per il recesso l'assicuratore non è tenuto per i sinistri se l'aggravamento è tale che il rischio non sarebbe stato presumibilmente coperto; è tenuto in misura proporzionale alla differenza tra il premio convenuto e il premio che sarebbe stato applicato, qualora la modificazione del rischio sia tale che l'assicurazione sarebbe stata conclusa a condizioni

diverse (art. 735, quinto comma). L'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della comunicazione del recesso (art. 738, quarto comma); in modo che, la persistenza di un obbligo dell'assicurato verso l'assicuratore costituisce stimolo all'immediata comunicazione dell'aggravamento, imposta dal primo comma dell'art. 738.

Nell'assicurazione sulla vita, l'aggravamento del rischio che dipende da cambiamenti di professione o di attività dell'assicurato riceve una particolare disciplina con l'art. 766.

222. — L'assicurazione ha effetto dalle ore ventiquattro del giorno di conclusione del contratto alle ore ventiquattro dell'ultimo giorno stabilito nella polizza (art. 739, primo comma).

Nell'assicurazione dei danni è stata criticata la prassi contrattuale di una scadenza ultradecennale e di rinnovazioni tacite per un tempo uguale a quello fissato nel contratto. Questa pratica spesso si risolve in una continuazione del rapporto anche all'infinito, se all'assicurato sfugge il ricordo della specifica pattuizione della polizza. Si è rimediato a ciò disponendo che il contratto ultradecennale, nonostante patto contrario, può disdirsi alla scadenza dei dieci anni con preavviso di sei mesi, rimanendo limitata a due anni la durata della proroga tacita (art. 739, primo e secondo comma).

La continuità della copertura del rischio è peraltro in funzione dell'adempimento, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di pagare i premi: la copertura quindi resta sospesa se il pagamento non avviene (art. 741, primo e secondo comma). Nell'assicurazione dei danni, se l'assicuratore entro sei mesi dalla scadenza del premio non agisce per la riscossione, il contratto è risoluto di diritto, e l'assicuratore può pretendere solo il pagamento del premio relativo al periodo di assicurazione in corso (art. 741, terzo comma). Nell'assicurazione sulla vita deve distinguersi il primo premio, che può essere richiesto dall'assicuratore solo entro i sei mesi, dai premi successivi, il cui mancato pagamento dà luogo alla risoluzione del contratto dopo il decorso del termine di tolleranza stabilito nella polizza o, in mancanza, entro venti giorni dalla scadenza, salvo sempre il diritto dell'assicurato al riscatto dell'assicurazione o alla riduzione della somma assicurata (art. 764, secondo comma).

L'assicurazione rimane in vigore anche se le cose assicurate sono state alienate (art. 758, primo comma). Salvo che sia stata emessa polizza all'ordine o al portatore (art. 758, quinto comma), l'assicurato deve dare notizia dell'assicurazione allo acquirente e dell'alienazione all'assicuratore, senza di che continua ad essere obbligato verso l'assicuratore (art. 758, secondo comma); al ricevere di tale comunicazione l'acquirente può dichiarare di non volere continuare nell'assicurazione (articolo 758, terzo comma) e l'assicuratore può dichiarare di voler recedere (art. 758, quarto comma).

223. — Nell'assicurazione contro i danni la prestazione dell'assicuratore è limitata al danno sofferto (art. 745, primo comma). Questo danno comprende anche i profitti sperati se il risarcimento per la mancata realizzazione di essi è previsto in contratto (art. 745, secondo comma); nell'assicurazione della responsabilità civile poi l'indennizzo, entro i limiti determinati dalla stessa legge, si estende anche alle spese sostenute dall'assicurato per resistere all'azione del danneggiato (articolo 757, terzo comma).

Nell'assicurazione di una somma eccedente il valore delle cose, l'assicurato di buona fede deve corrispondere non più l'indennità di cui all'art. 428, secondo comma, cod. comm., di complicata determinazione, ma l'importo del premio proporzionalmente diminuito (art. 749); per una migliore disciplina delle assicurazioni con polizze stimate si è detto che non equivale a stima la dichiarazione di valore delle cose assicurate contenute nella polizza o in altri documenti (art. 748, terzo comma).

E' consentito assicurare lo stesso rischio presso più assicuratori, sia separatamente (art. 750) che congiuntamente (art. 751). Nel primo caso l'assicurato deve dare avviso a ciascun assicuratore delle altre assicurazioni concluse (art. 750, primo comma); se omette questo avviso in buona fede l'assicurato è tenuto ai danni (art. 750, primo comma), e se l'omette con dolo perde il diritto all'indennità (art. 750, secondo comma). Il risarcimento è dovuto da ciascun assicuratore secondo il rispettivo contratto, e cioè nei limiti della somma da ognuno assicurata (art. 750, terzo comma); salvo il diritto di chi ha pagato al regresso verso gli altri assicuratori, in proporzione del rischio da ciascuno coperto (art. 750, quarto comma). In tali casi v'è quindi una situazione di solidarietà; vi è invece divisibilità nel caso di coassicurazione con ripartizione di quote, e ciascun assicuratore allora risponde del danno in proporzione della rispettiva quota (art. 751).

Circa l'obbligo di avviso del sinistro e di salvataggio delle cose assicurate, si distingue tra inadempimento colposo e inadempimento doloso: nella prima ipotesi l'indennizzo si riduce in proporzione del danno che l'assicuratore ha eventualmente sofferto a causa dell'inadempimento da parte dell'assicurato (art. 755, secondo comma); nella seconda ipotesi l'assicurato perde il diritto all'indennità (art. 755, primo comma).

Il diritto di surroga dell'assicuratore verso il responsabile del danno è concesso anche nelle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali (art. 756, quarto comma); ma è negato quando il danno è causato senza dolo dai figli, dagli affiliati, dagli ascendenti, da altri parenti o da affini dell'assicurato, stabilmente con lui conviventi, o da domestici (art. 756, secondo comma). In queste ultime ipotesi le conseguenze della surroga ricadrebbero direttamente o indirettamente sull'assicurato, rendendo priva di effetti la copertura del rischio.

224. — Il nuovo codice regola anche la riassicurazione nelle sue linee fondamentalissime.

Circa la forma, si sono distinti i trattati di riassicurazione, per i quali si esige la prova scritta, dai contratti di riassicurazione, per i quali si rinvia alle regole generali sulla prova (art. 768).

I contratti di riassicurazione non creano rapporti tra assicurato e riassicuratore, salve le leggi speciali per quanto concerne il privilegio a favore della massa degli assicurati (articolo 769). Nel caso di liquidazione coattiva del riassicurato il riassicuratore deve pagare integralmente le somme dovute al riassicurato stesso, nonostante che il debito di quest'ultimo verso gli assicurati debba essere proporzionalmente ridotto a causa del concorso liquidatorio (art. 770); i debiti e i crediti del riassicuratore o del riassicurato si compensano di diritto nel caso di liquidazione coattiva dell'uno o dell'altro, anche se derivano da più conti di riassicurazione tenuti separati e autonomi (art. 771).

62. — Il giuoco e la scommessa.

225. — L'irripetibilità delle somme pagate in adempimento di un debito di giuoco o di scommessa è fondata sul pagamento spontaneo da parte del perdente, eseguito alla fine del giuoco (art. 773, secondo comma). Pagamento spontaneo significa pagamento eseguito in situazione di libertà psicologica nella determinazione; in situazione cioè scevra di ogni coazione. Non si richiede la scienza dell'incoercibilità, come ta-

luno pretendeva, perchè l'effetto dell'irripetibilità del pagato è sorretto dall'esistenza obiettiva della situazione sulla quale si fonda il dovere, e non è necessario che di questa si conoscano i caratteri giuridici e precisamente la sua coercibilità o meno prima dell'adempimento.

Per rendere più evidente il significato della disposizione, confortata dalla tradizione romana, all'avverbio « volontariamente », che si leggeva nell'art. 1804 del codice abrogato, si è sostituito l'avverbio « spontaneamente » (art. 773, secondo comma).

Per la stabilità del pagamento si è richiesto anche un requisito cronologico: che esso sia stato eseguito dopo l'esito del giuoco o della scommessa. Il versamento della posta nelle mani dell'eventuale vincitore, piuttosto che pagamento, rappresenta un deposito a scopo di garanzia, e come tale non può acquistare la stabilità, accordata dalla legge (art. 773, secondo comma) al solo pagamento nel senso tecnico della parola. Neppure pagamento può qualificarsi, e ciò è più evidente, il deposito della posta presso un terzo. Il perdente quindi può ripeterla dal depositario, beninteso fino a quando la posta stessa non sia stata versata al vincitore; chè se il depositante non abbia nè chiesta nè comunque avuta la restituzione della posta depositata, il depositario è certamente obbligato a pagarla al vincitore, il quale pertanto può da lui conseguirla coattivamente.

Ho risolto in senso negativo la questione, variamente disputata in giurisprudenza, circa l'ammissibilità di azione per il pagamento di debiti di giuoco e di scommessa non proibiti, tra i quali debbono ritenersi i giuochi di azzardo sottratti alla legge penale per speciale autorizzazione amministrativa: anche per essi sussiste infatti la *ratio* che giustifica la carenza di tutela giurisdizionale civile nel caso di giuochi proibiti.

E' ammessa invece azione quando il giuoco o la scommessa riguarda competizioni sportive (art. 774) o lotterie autorizzate (art. 775). La prima eccezione concerne non soltanto coloro che partecipano alla gara, ma anche gli spettatori che scommettono sull'esito della medesima; questa estensione vuole stimolare la passione per le competizioni sportive, che è condizione indispensabile per lo sviluppo delle medesime, e che il Regime fascista promuove in alto grado. La seconda eccezione è giustificata dalla considerazione che la legge speciale autorizza una lotteria quando la ritene rispondente ad un'utilità pubblica; conferendo alle relative obbligazioni tutela giurisdizionale piena, si agevola certamente il conseguimento dell'utilità che l'autorizzazione mira a realizzare.

63. — La fideiussione.

226. — Nel libro delle obbligazioni sono disciplinati tre contratti di garanzia: la fideiussione, il mandato di credito e l'anticresi. Le altre forme di sicurezza apprestate ai diritti di credito (pegno e ipoteca) sono regolate nel libro della tutela dei diritti, assieme ai privilegi, sotto il profilo della preferenza che essi assicurano nell'esecuzione forzata.

227. — E' stato precisato che il rapporto tra creditore e fideiussore lega l'uno all'altro in base a un vincolo che si pone con identità di oggetto accanto a quello tra debitore e creditore, col quale è in una relazione di accessorio a principale (art. 776).

La volontà di prestare fideiussione deve essere espressa, senza di che non sorge il vincolo di malleveria (art. 777). Non si sono formulate restrizioni ai modi di manifestazione immediata e diretta della volontà, e pertanto sarà efficace per la esistenza del vincolo qualunque mezzo (scrittura, parole, cenni, gesti) che la vita pratica o le abitudini del soggetto indichino come atto ad esteriorizzare, sempre immediatamente e direttamente, l'interno volere del soggetto. Ciò che si esclude, come inefficace a produrre il vincolo, è la manifestazione tacita o indiretta della volontà.

Il codice del 1865 (art. 1902) aggiungeva che la fideiussione non si presume; tale espressione, perchè equivoca, è stata soppressa. Infatti, se pure la manifestazione di volontà deve essere espressa, la prova della sua esistenza può risultare anche da presunzioni, ove queste siano ammissibili secondo le regole generali.

228. — Data la relazione di principale ad accessorio corrente tra l'obbligo del debitore e quello del fideiussore, questo presuppone il primo e ne rispecchia i caratteri. L'obbligazione principale deve essere valida, ossia deve esistere ed essere immune da vizi (art. 779). Un sol vizio non si ripercuote sul vincolo del fideiussore, ed è quello dell'incapacità legale del debitore; perchè in tal caso la garanzia mira precisamente a sanare, in confronto del creditore, il difetto di capacità. Con questa precisazione si sono eliminati i dubbi sorti circa l'interpretazione dell'art. 1899, secondo comma, e dell'art. 1927 del codice anteriore, ove si parlava di eccezione « meramente personale » o « puramente personale », per indicare i soli difetti di capacità legale; dopo ciò è chiaro che si ripercuotono sull'obbligazione accessoria del garante non solo la nullità dell'obbligazione principale, ma anche la sua annullabilità per vizi del consenso e ogni altra anomalia che incida sul vincolo dell'obbligato principale. Concetti, questi, sintetizzati nell'articolo 785, ove è stabilito che il fideiussore può opporre contro il creditore, tutte le eccezioni che spettano al debitore, compresa quella di compensazione (art. 77), salva l'eccezione di incapacità legale. Si menziona sempre l'incapacità legale per escludere altre situazioni d'incapacità, permanenti o transitorie, che non sono « stati » legalmente accertati e costituiti.

L'obbligazione accessoria rispecchia i caratteri della principale: se questa è condizionale, condizionale è l'altra (articolo 778); ne rispecchia anche il contenuto, donde le disposizioni degli articoli 781 e 782.

229. — L'obbligo preventivo, incombente sul debitore, di prestare la garanzia, non ha influenza sul rapporto tra fideiussore e creditore; da ciò la soppressione degli articoli 1923 e 1924. Il suddetto obbligo è regolato peraltro da due norme; dall'art. 9, corrispondente all'art. 1922 del codice del 1865 (cfr. però art. 119 cod. proc. civ.), ove si stabilisce che l'obbligato a dare garanzia può scegliere tra una garanzia reale e una garanzia personale; dall'art. 783, che riassume le disposizioni degli articoli 1904, 1905 e 1906 del codice del 1865 e determina i requisiti, specialmente di solvibilità, del fideiussore presentato. La solvibilità è data dalla circostanza che il fideiussore ha beni sufficienti a garantire l'obbligazione principale; si devono considerare all'uopo tanto i beni mobili che quelli immobili, ovunque situati; la modifica che su questo punto si è apportata all'art. 1905 del codice precedente si spiega non solo con l'odierna concezione della proprietà mobiliare (n. 7), ma anche con la possibilità di colpire ed escutere dovunque i beni del debitore, dati i mezzi attuali di comunicazione che rendono facile l'esplicazione della necessaria attività.

Le sopravvenienze perturbatrici del grado di solvibilità del fideiussore o in genere della consistenza della garanzia, in linea di massima sono irrilevanti rispetto all'obbligazione del debitore. Le sopravvenienze suddette e il rischio relativo sono a carico del creditore. Ma sono stabilite deroghe a tal principio. Una di esse è consacrata nell'art. 783, secondo comma: se il creditore non aveva indicato la persona del fideiussore, la sopravvenuta insolvibilità è a carico del debitore, che ha pertanto l'obbligo di presentare un altro garante.

Una seconda è nell'art. 100 del libro della tutela dei diritti, e riguarda il pegno e l'ipoteca; una terza è nell'art. 684, secondo comma, ove si contempla la sopravvenuta insufficienza della sicurezza reale o personale, data a garanzia dell'apertura di credito bancario.

230. — Il vincolo del fideiussore è accessorio, ma non necessariamente sussidiario.

Il beneficio legale di escussione (art. 1907 del codice del 1865) è stato abolito per dare, come si è avvertito (n. 7), unità di trattamento alla materia civile (art. 1907) e alla materia commerciale (art. 40, secondo comma, cod. comm.), oltre che in omaggio a quell'esigenza di rafforzare il credito, che ha ispirato già la disposizione dell'art. 124 (nn. 7 e 11). Trattandosi di norma dispositiva, non poteva non prevedersi la possibilità di un beneficio contrattuale di escussione. A proposito del quale si è confermato che esso dà luogo ad un'eccezione, ma non si è stabilito un termine di preclusione, come era nel codice del 1865; quindi l'opponibilità del beneficio è regolata dalle norme generali del processo civile.

231. — L'ipotesi di una pluralità di fideiussori è considerata negli articoli 786, 787 e 794.

Anche tra i confideiussori vi è vincolo di solidarietà; come il beneficio dell'escussione, anche il beneficio della divisione, da legale, è divenuto eventuale e convenzionale e integra una eccezione proponibile a norma del codice di procedura civile. Il momento in cui il beneficio della divisione è opposto ha però importanza di diritto sostanziale: l'insolvenza di confideiussori verificatasi fino a tale momento si ripartisce infatti fra i fideiussori solvibili, quella verificatasi dopo resta a carico del creditore (art. 787, secondo comma).

Il regresso tra i confideiussori è regolato nell'art. 794 con le stesse norme del regresso tra condebitori in solido (art. 129): resta così chiarito che anche l'insolvibilità di un confideiussore si ripartisce per contributo tra tutti gli altri.

232. — Circa il subingresso e il regresso del fideiussore che ha pagato, in confronto del debitore, vi è qualche innovazione da segnalare.

Il fideiussore, sulle somme pagate al creditore, ha diritto agli interessi legali dal giorno del pagamento, non da quello della notificazione al debitore dell'eseguito pagamento (art. 790, terzo comma): la disposizione è coerente all'art. 112. Se il credito estinto produceva interessi superiori alla misura legale, al fideiussore spettano tali interessi in virtù del subingresso accordatogli.

Per quanto il fideiussore sia tenuto in solido col debitore, è normale che il creditore si rivolga prima al debitore. Il fideiussore richiesto dal creditore ha perciò il dovere di avvertirne il debitore. Quando omette tale avviso e paga, il debitore può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore se questi, anzichè al fideiussore, si fosse rivolto al debitore (ad esempio, l'avvenuto pagamento: art. 792, secondo comma); se il debitore ignaro paga a sua volta, il fideiussore perde il diritto di regresso (articolo 792, primo comma). La differenza tra il codice del 1865 (art. 1918, secondo comma) e il nuovo codice (art. 792, primo comma), sta in ciò, che per il primo, il dovere del fideiussore esisteva soltanto nel caso in cui egli avesse preso l'iniziativa di pagare senza essere convenuto in giudizio, non quando il pagamento fosse stato successivo alla citazione; nel secondo, tale dovere esiste anche quando il fideiussore sia stato convenuto in giudizio, il che è più conforme ai principii che hanno suggerito le disposizioni dell'art. 324, primo comma.

233. — Regresso e subingresso del fideiussore presuppongono l'avvenuto pagamento.

Ma anche prima del pagamento, il fideiussore deve essere talora protetto: si parla infatti in tal caso di diritto al rilievo. Il nuovo codice disciplina le situazioni che legittimano tale diritto e ne precisa il contenuto nell'art. 793, corrispondente all'art. 1919 del codice del 1865. Le situazioni previste dal nuovo codice sono quelle del codice precedente, meno l'ipotesi di fallimento del debitore. Il fallimento stabilizza le situazioni, e nessun creditore può domandare ed ottenere cautele speciali dopo la sua dichiarazione.

Il contenuto del diritto di rilievo è precisato come non era nel codice del 1865: il debitore deve procurare al fideiussore la liberazione o deve prestare le cautele per l'eventuale regresso.

234. — La scadenza dell'obbligazione principale impone al creditore, nei confronti del fideiussore, il dovere di agire; sanzione di questo è la perdita del diritto verso il fideiussore (art. 797).

Nel codice abrogato simile dovere non era imposto; la scadenza conferiva al fideiussore soltanto il diritto di agire contro il debitore, o per essere rilevato (art. 1919, n. 4), o per costringerlo al pagamento (art. 1930): quest'ultima disposizione era, per giunta, alquanto oscura. Il sistema del codice del 1865 non poteva mantenersi. Se il creditore ha il diritto di agire per realizzare il suo credito, tale diritto, con l'inerente facoltà, diventa un dovere nei rapporti del garante. Allora in tale situazione quel dovere di correttezza, posto quale norma di condotta anche nell'esercizio dei diritti (art. 5); la sua trasgressione genera responsabilità, che si può realizzare in forma specifica con la perdita del diritto di credito contro il garante. Naturalmente il dovere del creditore non crea nel fideiussore il diritto alla previa escussione del debitore; il creditore può sempre, rispettando i termini stabiliti dall'articolo 797, rivolgersi al fideiussore piuttosto che al debitore, se non esista un dovere contrattuale di escussione del debitore.

235. — Si può prestare fideiussione per un'obbligazione futura (art. 778), purchè, beninteso, al momento della fideiussione, sia determinato il titolo da cui la futura obbligazione dovrà o potrà scaturire.

Anche qui, la facoltà di non dare esecuzione all'obbligazione assunta di far credito qualora sia sopravvenuta insolvibilità del debitore (art. 300), diventa, per il creditore, un obbligo di condotta, la trasgressione del quale importa responsabilità e dovere di risarcimento, che si realizza pure con la liberazione del fideiussore dall'obbligazione di garanzia (art. 796).

64. — Il mandato di credito.

236. — Si è data una disciplina particolare al c. d. *mandatum de pecunia credenda*, al contratto cioè in base al quale taluno si obbliga, in confronto della persona che ne lo richiede, di far credito a un terzo in nome e per conto proprio, verso obbligazione del richiedente di risponderne come fideiussore di un debito futuro.

Il contratto è fondamentalmente di garanzia. L'incarico ricorda il mandato; e in conformità degli articoli 563, primo comma, e 565 si dispone che il richiedente può revocarlo, salvo l'obbligo di risarcire i danni eventuali (art. 798, secondo comma). Ma, a differenza che nel mandato, la persona richiesta di far credito non può rinunziare all'incarico accettato, perchè l'accettazione rende obbligatoria la prestazione correlativa, alla quale si contrappone la garanzia dell'altro contraente. Tale situazione esclude che il terzo acquisti diritto

verso la persona incaricata di eseguire l'operazione di credito, sia perchè l'obbligo correlativo sta solo di fronte al richiedente, sia perchè costui può revocare l'incarico, bene inteso *re adhuc integra*, anche se il terzo abbia dichiarato di volerne approfittare. Peraltro, tranne che per quanto concerne la facoltà di revoca accordata al richiedente, il mandato di credito non ha niente a che fare col mandato, perchè la prestazione della persona richiesta di far credito consiste nel compiere un atto giuridico per conto proprio (art. 543).

Piuttosto l'obbligazione del richiedente, che risponde come fideiussore del credito concesso al terzo dalla persona richiesta, richiama il rapporto di fideiussione, alle cui regole può farsi ricorso per una disciplina suppletiva.

237 .— La persona richiesta di far credito ha facoltà di sospendere la prestazione, se le condizioni patrimoniali del debitore promissario sono divenute precarie (art. 799, in relazione all'art. 300). Però, come nella fideiussione per obbligazione futura, anche nel mandato di credito la facoltà stessa si converte, nei rapporti col richiedente, in un dovere sanzionato da responsabilità (art. 799, secondo comma, che richiama l'art. 796); e infatti gravi ripercussioni avrebbe nel richiedente la concessione del credito non ostante le mutate condizioni patrimoniali del terzo.

La facoltà di sospendere la prestazione al terzo si risolve, come è evidente, nell'esonero dal dovere di eseguirla quando il mutamento delle condizioni stesse avviene prima che la persona richiesta abbia intrapreso l'esecuzione dall'obbligo assunto (art. 799, primo comma). L'obbligazione della persona richiesta viene anche meno se siano divenute precarie le condizioni patrimoniali della persona che ha conferito l'incarico, ossia del fideiussore (art. 799, primo comma); il che si spiega perchè l'incaricato di far credito ha fatto particolare assegnamento sulla persona del richiedente e sulle di lui condizioni patrimoniali.

65. — L'anticresi.

238. — Si è mantenuta, contro qualche voce che ne reclamava la soppressione, la disciplina particolare di questo contratto, a cui specialmente nel mezzogiorno d'Italia si fa ancora ricorso. Al vecchio regolamento sono state però apportate innovazioni dirette a consolidare il contratto e ad evitare che esso porti odioso aggravio al debitore e pregiudizio agli interessi della produzione.

Si è consolidato il contratto; e infatti, prescrivendone la formazione per atto scritto (art. 179, n. 7) e la trascrizione (art. 1, n. 12, del libro della tutela dei diritti), si è stabilita la sua opponibilità ai terzi. Il diritto concesso dal proprietario debitore al creditore anticretico, di far suoi i frutti del fondo, è anche esso consolidato, non soltanto rispetto ai creditori chirografari del debitore, per i quali tali frutti non sono più beni del loro debitore, almeno al momento della separazione, quando il diritto di garanzia dovrebbe realizzarsi, ma anche rispetto agli aventi causa o acquirenti del debitore, naturalmente posteriori di data alla trascrizione del contratto di anticresi.

Lo spossessamento del debitore si presenta odioso e dannoso; donde l'opportunità di norme temperatrici, consistenti in quei rigorosi limiti di durata decennale del rapporto anticretico ai quali si è fatto riferimento in precedenza (n. 9). Una maggiore durata convenzionale sarebbe priva di effetti; neppure il diritto di ritenzione per mancata estinzione del debito può legittimare una proroga dello spossessamento superiore al decennio; neppure accordi intermedi possono legittimarla. Trascorso il decennio, il fondo deve in ogni caso tornare a colui che l'ha consegnato in anticresi (art. 802). Si è già rilevato (n. 9) che anche l'interesse della produzione reclamava tale severa disposizione.

239. — L'anticresi si è configurata quale contratto consensuale (art. 800). La consegna del fondo al creditore è atto di esecuzione, non di perfezione del contratto; e ciò perchè le esigenze che nell'affine contratto di pegno vengono soddisfatte mercè la consegna della cosa, nell'anticresi sono salvaguardate con la trascrizione.

I canonisti combattevano tale contratto perchè in esso vedevano senz'altro in atto l'usura, specie nel caso di destinazione globale dei frutti all'estinzione degli interessi. Nel nuovo codice quest'ultimo patto non è di per sè usurario: occorre accertare caso per caso se sia tale. Se lo è, si applicano le sanzioni corrispondenti (art. 287 libro delle obbligazioni; art. 644 cod. pen.), ma anche se non è usurario, esso si presenta sempre come anormale, in quanto la naturale espansione progressiva della produttività della cosa apporta al debitore una onerosità crescente. Donde la disposizione (articolo 804) che autorizza il debitore ad estinguere in ogni tempo il suo debito per rientrare nel possesso del fondo, disposizione che deroga alla norma generale sul rispetto dei contratti e a quella affine dettata nell'art. 656, per cui nel mutuo con interessi, se il contratto non è usurario, il termine si presume stabilito nell'interesse anche del creditore.

240. — Pure la posizione del creditore doveva essere considerata secondo equità. Il rapporto di anticresi è rapporto accessorio di garanzia, che, se genera un diritto nel creditore, gli dà altresì il dovere di coltivare il fondo e di assumersi altre cure. Egli può rinunciare al diritto di garanzia (art. 801, terzo comma); caduto il diritto cadono i doveri connessi, salvo patto contrario.

In applicazione di una regola generale, si è stabilita l'indivisibilità della garanzia (art. 802, primo comma), così come si è disposto per il contratto di pegno (art. 151 del libro della tutela dei diritti).

Infine si è riprodotto per l'anticresi, come per ogni altra garanzia avente per oggetto una cosa, il divieto del patto commissorio (art. 803). Qui, come per il pegno e per l'ipoteca (articolo 101 del libro della tutela dei diritti), si è colpito il patto anche se intervenuto posteriormente alla conclusione del contratto. Buona parte della dottrina era per la validità del patto posteriore; ma non si è creduto di seguirla. Il debitore è sempre in uno stato di soggezione, prima e dopo. Le angustie anteriori al contratto deprimono la sua libertà di volere; ma dopo aver ottenuto il credito, egli deve provvedere alla sua estinzione, e, se gli è impossibile o difficile l'adempiere, vede profilarsi lo spettro della esecuzione forzata, che gli deprime ugualmente la libertà di determinazione.

66. — La transazione.

241. — Dal codice civile del 1865 non sono stati riportati l'art. 1767, che permetteva la stipulazione di una clausola penale, gli art. 1768 a 1770 che contenevano criteri interpretativi per nulla difformi da quelli generali che valgono per tutti i contratti, l'art. 1771 che ripeteva il principio dell'efficacia *inter partes* del contratto transattivo, l'art. 1773 che ne ammetteva l'impugnazione per vizi del volere. Queste norme si spiegavano nel codice del 1865, nel quale, pur essendosi affermata la natura contrattuale della transazione, vi erano traccie della vecchia concezione che considerava la transazione come una causa generale di acquisto e vi era soprattutto la tendenza ad

assimilare la transazione alla cosa giudicata (art. 1772, primo comma); ma non avevano più alcuna ragione di essere nella nuova disciplina, che è esclusivamente ispirata al principio contrattualistico, e nella quale è scomparsa l'assimilazione suddetta.

La nozione del contratto (art. 805), fondata sull'elemento funzionale della composizione della lite e sull'elemento strumentale delle reciproche concessioni, è sostanzialmente rimasta immutata; ma in correlazione alle altre norme permette di risolvere alcuni problemi pratici di notevole rilievo. Così si può dire risolto il grave problema se per la validità della transazione sia sufficiente l'esistenza di una controversia o sia invece necessaria un'incertezza, obiettiva o subiettiva, sull'esito della lite. La dottrina di gran lunga dominante riteneva necessario il presupposto dell'incertezza; ma è sembrato praticamente più opportuno, allo scopo di impedire discussioni postume sull'efficacia delle transazioni e di mantenere fermo l'effetto, di grande rilievo dal punto di vista sociale, della composizione convenzionale della lite, considerare presupposto necessario e sufficiente della transazione solo l'esistenza della lite, qualunque sia il grado di incertezza in cui possono versare le parti transigenti. Si è posto però un limite per quanto riguarda la transazione per lite temeraria (art. 811), alla quale *de iure condito* dottrina e giurisprudenza erano concordi nel negare validità, e alla quale non si può usare un trattamento diverso senza distruggere quel minimo etico che è condizione di vita di ogni sano ordinamento giuridico.

Per tale ipotesi si è chiaramente affermato che la transazione è annullabile nell'interesse della parte contro la quale si fa valere la pretesa temeraria. Non si sono specificati i presupposti della temerarietà della lite, dato che il concetto di lite temeraria è stato sufficientemente elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza; si è però circoscritto ancor di più l'ambito di tale concetto, richiedendo la consapevolezza della temerarietà della pretesa.

242. — L'altro problema relativo alla natura dichiarativa o costitutiva della transazione, vivamente discusso in dottrina, non poteva, come è ovvio, trovare soluzione in sede legislativa. Ma, pur prescindendo dalla soluzione di esso, si sono risolte le questioni più importanti che si solevano riportare a quel problema fondamentale, e si sono risolte secondo esigenze pratiche, indipendentemente dall'ossequio formale all'uno o all'altro principio.

Così si è espressamente chiarito (art. 805, secondo comma), che le reciproche concessioni possono riguardare rapporti diversi da quello controverso, si è riaffermata la necessità che le parti abbiano la capacità di disporre dei diritti oggetto della lite (art. 806, primo comma), si è espressamente vietata la transazione relativamente a diritti indisponibili (art. 806, secondo comma), si sono assoggettate alla formalità della trascrizione le transazioni immobiliari (art. 1, n. 13, libro tutela dei diritti), e si è infine ammessa la risolubilità della transazione per inadempimento (art. 816). Quest'ultima disposizione consacra legislativamente la prevalente tendenza dottrinale che da parecchio tempo si è già affermata nella giurisprudenza, e introduce un limite solo per il caso in cui il rapporto creato mediante il negozio transattivo importa estinzione per novazione del rapporto controverso. In tal caso è chiaro che l'inadempimento di una delle parti non può far rivivere rapporti definitivamente estinti, se non quando la volontà di entrambe abbia subordinato all'effettivo adempimento l'estinzione medesima.

243. — Un delicato problema si è dovuto risolvere in relazione alla forma della transazione.

L'art. 1314 del codice del 1865 richiedeva in ogni caso per la transazione la forma scritta *ad substantiam;* ma tale prescrizione non si applicava, per unanime consenso, alla materia commerciale. L'esigenza di una soluzione unitaria per ogni categoria di rapporti ha indotto a una soluzione intermedia. Come si è rilevato (n. 7), mentre l'art. 179 n. 12 richiede la forma scritta *ad substantiam* per le transazioni relative alla proprietà di beni immobili, a diritti reali immobiliari e agli altri rapporti ad essi assimilati, il che è giustificato anche dal fatto che in questi casi la transazione deve essere trascritta, invece per gli altri casi la transazione deve soltanto essere provata per iscritto (art. 807). Si è considerato che la composizione della lite è un risultato veramente apprezzabile solo se essa abbia un grado di certezza che solo lo scritto può dare; tuttavia è parso sufficiente che, al di fuori dei casi previsti nell'art. 179, la forma scritta fosse richiesta solo *ad probationem*, allo scopo di escludere la prova per testimoni, che è sempre il mezzo probatorio meno sicuro, e al quale non è consigliabile ricorrere quando si tratta di accertare la definizione convenzionale di una controversia.

67. — La cessione dei beni ai creditori.

244. — La parte del libro delle obbligazioni destinata ai singoli contratti si chiude con la disciplina della cessione dei beni ai creditori, che l'ordinamento positivo già riconosceva attraverso il richiamo fatto nella tariffa allegata alla legge sull'imposta di registro.

La configurazione pratica del contratto si trae dal duplice incarico che il debitore dà ai suoi creditori o ad alcuni di essi, di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti (art. 817). Così essendo, alla denominazione di « cessione » usata dal codice per il contratto e alla qualifica di « cessionario » e di « cedente » data alle parti, deve attribuirsi un significato che trascende quello tipico relativo alla cessione dei crediti o alla cessione di contratto. In effetti, nel rapporto in esame, la titolarità dei beni rimane nel debitore fino a quando essi non vengano trasferiti a seguito della liquidazione; tanto è vero che il debitore ha diritto al residuo della liquidazione (articolo 822) e ha diritto al controllo e al rendiconto della gestione (art. 823, primo comma).

245. — Non è imposta la partecipazione al contratto di tutti i creditori; ciò avrebbe reso quasi impossibile la formazione del rapporto, anche perchè talora neppure il debitore conosce l'esistenza di tutti i suoi creditori. Nemmeno è necessario che la cessione abbia per oggetto tutto il patrimonio (articoli 817 e 820, terzo comma): se pure nelle cessioni parziali non si ha di mira, in via di massima, la *par condicio creditorum*, tuttavia esse possono realizzare un risultato meritevole di tutela nei casi in cui non risultino lesi gl'interessi degli altri creditori.

La tutela di questi ultimi, ossia dei creditori che non hanno partecipato al contratto e quindi alla ripartizione del ricavato della liquidazione, si realizza in vario modo a seconda che siano anteriori o posteriori alla cessione.

I creditori anteriori, in base alla regola generale contenuta nell'art. 274 del libro della tutela dei diritti, dovrebbero rispettare il vincolo di indisponibilità afferente i beni ceduti (art. 820, primo comma), salvo impugnazione del contratto secondo le regole generali. Invece, in deroga alla suddetta norma, i creditori stessi possono agire esecutivamente anche su

tali beni, indipendentemente dal risultato favorevole della revocatoria (art. 820, secondo comma). La ragione di tale disposizione di favore sta nel fatto che, per impugnare in revocatoria la cessione, i creditori estranei ad essa dovrebbero dimostrare la consapevolezza del pregiudizio loro arrecato da parte di tutti i creditori cessionari; e tale prova sarebbe difficoltosa.

Per i creditori posteriori invece, che non possono contare sui beni del debitore perchè vincolati, per effetto della cessione, a favore di altri creditori, si torna alla regola del citato art. 274 del libro della tutela dei diritti; e cioè essi non possono far valere le loro ragioni su tali beni, sempre che ricorrano le condizioni di opponibilità del vincolo stabilite nella disposizione richiamata (arg. dall'art. 820, secondo comma).

S'intende che ai creditori anteriori possono essere opposti gli atti di alienazione legittimamente posti in essere dai liquidatori.

246. — In relazione all'importanza giuridica del contratto si è richiesta la forma scritta *ad substantiam* (art. 818, primo comma); in modo che, se oggetto della cessione fossero soltanto beni mobili, non basterebbe la sola tradizione delle cose a dar vita al rapporto, salvo, per i terzi, il principio « possesso vale titolo ». Se la cessione ha per oggetto un immobile o un mobile registrato, essa deve trascriversi (art. 6 e 44 libro della tutela dei diritti); e se comprende crediti è soggetta alle forme di notificazione o di accettazione previste dall'art. 94 di questo libro.

247. — La cessione toglie al debitore il diritto di disporre dei beni ceduti (art. 820, primo comma); di più attribuisce ai creditori cessionari l'amministrazione dei beni stessi e il potere di esercitare tutte le azioni di carattere patrimoniale relative ai medesimi (art. 819). Il contratto pertanto non limita i suoi effetti alla sfera dei contraenti; ma si proietta verso i terzi non solo perchè conferisce ai creditori l'esercizio di ogni potere connesso alla titolarità dei beni ceduti, ma anche perchè costituisce un vincolo di indisponibilità sui beni stessi, che ne rende inefficace l'alienazione da parte del debitore.

I creditori cessionari non possono, fin tanto che il contratto dura, agire esecutivamente sui beni ceduti, perchè vincolati dalla convenzione avente per oggetto la sostituzione di una liquidazione convenzionale a quella legale; sostituzione legittima, trattandosi di un diritto disponibile. Quando poi la cessione riguarda solo una parte dei beni del debitore, i creditori cessionari non possono agire sugli altri beni, perchè lo scopo della cessione è quello di utilizzare i beni ceduti per il soddisfacimento delle ragioni dei cessionari; se però, liquidati questi beni, il soddisfacimento integrale non si è conseguito, cessa la ragione del divieto di esecuzione, limitatamente, s'intende, al residuo rimasto scoperto (art. 820, terzo comma).

248. — In perfetta analogia con i principii dell'esecuzione forzata, si fa obbligo ai creditori cessionari di anticipare le spese necessarie alla liquidazione (e quindi all'amministrazione), con diritto di prelevarne l'importo sul ricavo di essa (art. 821). Può essere nominato un liquidatore; ma questi, anche quando derivi materialmente dai creditori la sua elezione, mantiene un legame di responsabilità verso il debitore, al quale è tenuto a dare il rendiconto (art. 823, secondo comma).

Il riparto del ricavo della liquidazione deve avvenire in proporzione dei crediti di ciascun cessionario (art. 822), tanto se la cessione ha per oggetto tutti i beni del debitore, quanto se ha per oggetto solo alcuni di essi; in modo che è essenziale al contratto la realizzazione di una *par condicio* tra i partecipanti.

Solo dal giorno in cui i creditori ricevono la parte del ricavo loro spettante, il debitore è liberato, e, com'è naturale, nei limiti di quanto essi hanno ricevuto (art. 824). Le parti possono convenire che il debitore sia senz'altro definitivamente liberato per effetto della cessione dei beni. In tal caso però, se non gli si sia riservato il diritto all'eventuale eccedenza attiva della liquidazione, esula la figura della *cessio bonorum* e si rientra in quella della *datio in solutum*, cui non si applica la disciplina del codice ora illustrata, perchè si è verificato l'immediato trasferimento dei beni ceduti nella sfera dei cessionari.

249. — Il contratto può estinguersi per recesso da parte del debitore (art. 825). Il recesso però non è libero, così come non è libero in taluni casi di mandato (art. 563, secondo comma); il recedente deve far pagamento od offerta reale del capitale e degli interessi dovuti. Il pagamento o l'offerta reale deve farsi solo a coloro che hanno concluso il contratto di cui il debitore vuole lo scioglimento. A tale effetto non è necessario il pagamento o l'offerta reale delle spese di gestione, che non sono liquide; ma il debitore rimane tenuto al rimborso di esse (art. 825, secondo comma), salvo ai creditori il privilegio sui beni oggetto della cessione, ai sensi del libro della tutela dei diritti.

La cessione può essere annullata per dissimulazione di attivo e per occultamento o simulazione di passività (art. 826, primo comma). La dissimulazione di attivo opera, com'è ovvio, solo quando la cessione ha per oggetto tutto il patrimonio del debitore; tuttavia occorre che sia stata occultata una notevole parte dell'attivo. La simulazione o l'occultazione del passivo concerne anche l'ipotesi di cessione parziale. In ogni caso si è di fronte ad atti di frode compiuti dal debitore, che hanno influito sull'apprezzamento economico della convenienza del contratto. Quando le passività risultano maggiori o minori di quelle denunciate, la legge presume che i creditori non avrebbero contrattato se avessero conosciuto la realtà, per quanto la frode possa essere stata di lieve entità. La dissimulazione di attivo, a sua volta, deve concernere una parte notevole dei beni, perchè è presumibile che i creditori avrebbero consentito a rinunziare all'azione esecutiva anche in presenza di un complesso di attività di valore non eccessivamente superiore a quello denunziato, in vista dell'alea connessa alla liquidazione forzata.

La cessione può infine essere risoluta per inadempimento (art. 826, secondo comma), sia che questo concerna obblighi dei creditori sia che concerna obblighi del debitore.

VI.

68. — Gli atti unilaterali.

250. — Il codice abrogato tratta largamente dei contratti e dei testamenti, ma non menziona gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. La dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente ritenuto che le norme dettate per i contratti siano applicabili agli atti unilaterali, compatibilmente con la diversa struttura di questi e con il rispettivo fondamento della loro obbligatorietà; così, ad esempio, le norme che regolano la formazione dell'accordo non possono essere applicate agli atti unilaterali, i quali invece presuppongono l'efficienza giuridica di una sola volontà.

Nella redazione del nuovo codice, in conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per discipli-

nare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto, e, con una disposizione generale (art. 154), si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. E' ovvio pure per il nuovo codice che gli atti unilaterali stessi possono ricevere disciplina dalle norme sui contratti solo per quello che con questi hanno di comune; ed è ovvio altresì che la menzione della categoria di atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale non esclude la possibilità di un'estensione analoga delle norme applicate, anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale.

Un'altra lacuna si è colmata col precisare il momento di efficienza giuridica dell'atto unilaterale di volontà (art. 164). Tale momento coincide con quello dell'estrinsecazione della volontà. Questa estrinsecazione non basta per gli atti unilaterali destinati a una determinata persona; essi devono pervenire a conoscenza del destinatario. Il momento in cui si ha questa conoscenza è il momento iniziale della loro efficienza giuridica, e quindi il tempo al quale deve farsi rimontare la loro irrevocabilità.

Infine, relativamente a tale ultima categoria di atti giuridici unilaterali, cioè a quelli destinati a una persona determinata, sulla considerazione che, se pure il loro effetto giuridico non si fonda sull'accordo di due o più parti, esso tuttavia è destinato a svolgersi nei rapporti tra più parti, si è presa in esame la possibilità di un accordo, diretto non a creare, ma a simulare l'atto (art. 253, terzo comma: n. 113).

251. — Dopo queste norme generali, riferibili a tutti i negozi giuridici unilaterali, si sono dettate norme sulla promessa unilaterale.

La promessa unilaterale è una sottospecie della categoria, assai più ampia, del negozio giuridico unilaterale, caratterizzata dall'essere il contenuto della dichiarazione di volontà una promessa di prestazione, e l'effetto il vincolo immediato del promittente ad eseguirla.

Il codice non elenca neppure a mo' di esempio i casi in cui è riconosciuta una promessa unilaterale obbligatoria; ma, dopo aver enunciato generalmente che la promessa unilaterale non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge, detta alcune norme sulla promessa di pagamento, sulla ricognizione di debito e sulla promessa al pubblico.

L'enunciazione programmatica dell'art. 827 si intende facilmente. Con la medesima si vuole escludere che la promessa unilaterale sia un tipo generale di fonte di obbligazioni così come lo è il contratto; epperò si dichiara che dalla promessa unilaterale di prestazione discendono effetti obbligatori nei soli casi ammessi dalla legge. Del resto questa posizione fatta alla promessa unilaterale di fronte al contratto è una necessità sistematica. Non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto ed atomizzare gli elementi costitutivi di questo.

La formula dell'art. 827 non va tuttavia intesa nel senso che i casi, nei quali la legge riconosce effetti obbligatori alla promessa unilaterale, siano soltanto quelli contemplati nel titolo quarto del libro delle obbligazioni. Nello stesso nuovo codice, agli articoli 14 e 15 del libro primo, il regolamento della fondazione comprende indubbiamente la possibilità che essa sorga da una promessa unilaterale obbligatoria, soggetta in tal caso alla particolare norma ivi dettata riguardo alla revoca.

252. — Nell'art. 828 sono riunite la promessa di pagamento e la ricognizione di debito in quanto appariscano come negozi unilaterali. La disposizione ha preso in esame l'ipotesi che l'una e l'altra non menzionino il rapporto fondamentale cui si ricollegano. L'art. 828 attribuisce *prima facie* all'una ed all'altra virtù obbligatoria, nel senso che il debitore può essere convenuto in base alla promessa ed alla ricognizione senza che sia necessario provare anche il rapporto fondamentale. Come si è detto (n. 81), spetterà al convenuto richiamarvisi o provarne la mancanza, traendo tutte le possibili difese.

Il caso meritava di essere considerato perchè è il solo di promessa unilaterale obbligatoria non titolata; e perchè conveniva mettere in evidenza, meglio di quanto non risultasse per la promessa di pagamento dall'art. 1325 del codice del 1865, che promessa di pagamento e ricognizione di debito non sono o non meritano di essere trattate soltanto come prove, ma soprattutto come negozi giuridici, regolandoli anche dal punto di vista processuale in riguardo alla loro astrattezza dal rapporto fondamentale, che rimane sempre astrattezza processuale e non materiale.

253. — Le disposizioni dedicate alla promessa al pubblico atteggiano quest'ultima come negozio unilaterale. L'assenza di un esplicito riconoscimento legislativo costringeva finora ad adattare la promessa suddetta sul dispositivo contrattuale; ma la struttura unilaterale che dà alla medesima il nuovo codice è molto più aderente alla natura delle cose. Come rileva l'art. 829, primo comma, la promessa può essere fatta a favore di chi si trovi in una data situazione, senza obbligo di fare alcuna prestazione o di svolgere qualche attività. Si può infatti trattare di situazioni già verificatesi quando vien fatta la promessa; configurare allora il destinatario della promessa come un accettante di essa in modo tacito significa fingere l'accettazione per potere creare il contratto e quindi la fonte di obbligazione del promittente.

Anche negli altri casi, in cui il destinatario della promessa deve rendersi attivo per guadagnare la prestazione, non può dirsi che, date le norme poste negli art. 157 a 159 di questo libro, la costruzione contrattuale della promessa al pubblico non presenterebbe difficoltà. Conviene tenere presente che il *quivis de populo*, il quale intraprende l'azione richiesta dalla promessa, non può considerarsi un accettante ai sensi dell'art. 157. Per il promittente conta l'esecuzione completa e non l'inizio dell'esecuzione; e chi inizia l'esecuzione non può impegnare il promittente con l'avviso dell'iniziata esecuzione, perchè la promessa al pubblico vuole di solito spronare più persone all'azione, epperò quell'avviso non può bloccare la situazione.

D'altra parte è sostanziale per chi si accinge all'azione in vista della promessa, che questa sia tenuta ferma per un tempo ragionevole, prescindendo da qualsiasi avviso al promittente dell'inizio dell'azione.

Il regolamento della promessa al pubblico come promessa unilaterale tiene conto di queste diverse esigenze meglio di quanto avrebbe potuto fare la struttura contrattuale di essa.

I particolari della disciplina data alla promessa al pubblico non abbisognano di illustrazione. Si capisce che alcune delle soluzioni adottate rientrano nella sfera dell'arbitrario legislativo, potendo apparire ugualmente giustificate altre soluzioni; così quella del termine annale di durata dell'obbligazione del promittente, quando non sia stato apposto un termine o questo non risulti dalla natura e dallo scopo della medesima (art. 829 (secondo comma); così l'altra della prevalenza di chi per primo ha dato notizia al promittente dell'azione compiuta o della situazione contemplata nella promessa, tra i molti che potrebbero considerarsi destinatari di questa (art. 831). Ciò che interessava era che una soluzione fosse imposta, eliminando le molte controversie che l'assenza di

una norma avrebbe lasciato sussistere. Del resto le soluzioni adottate sembrano ragionevoli e giustificate dall'utilità di non lasciare indefiniti i rapporti creati dalla promessa al pubblico.

69. — I titoli di credito.

254. — La materia dei titoli di credito non trova nei codici precedenti una disciplina generale ed organica: nel codice civile del 1865 e in quello di commercio erano contenute soltanto singole disposizioni per i titoli al portatore; mentre mancavano addirittura disposizioni generali per i titoli all'ordine, e la disciplina dei titoli nominativi solo in prosieguo di tempo ha formato oggetto di una legge speciale (r. d. 7 giugno 1923, n. 1364).

Le disposizioni contenute nel libro delle obbligazioni hanno, come è chiaro, una funzione suppletiva (art. 840, primo comma): si applicano cioè solo in quanto non esista una disciplina specifica dei singoli titoli di credito o questa non sia completa. Per i titoli di debito pubblico, per i biglietti di banca e per gli altri titoli equivalenti, date le loro particolari caratteristiche, la regolamentazione è esclusivamente rimessa alle leggi speciali (art. 840, secondo comma).

La disciplina dettata per i titoli di credito non si applica a quei documenti, che esteriormente presentano delle affinità con i titoli di credito, ma che da questi nettamente si differenziano per la funzione che esplicano e per gli effetti che producono (art. 841). Si allude ai cosiddetti documenti di legittimazione, la cui funzione non è di apprestare uno strumento rapido e sicuro di circolazione dei crediti, ma di precostituire un mezzo di identificazione dell'avente diritto, in modo da agevolare l'accertamento delle condizioni di legittimazione in sede di esercizio del diritto; si allude, ancora, a quei documenti che utilizzano alcuni dei congegni esteriori dei titoli di credito (ad esempio, la girata), ma per scopi più limitati (quello, ad esempio, di ammettere la cessione del credito senza l'osservanza delle forme proprie della cessione o anche di autorizzare il giratario alla riscossione del credito) e senza produrre gli effetti che sono propri dei titoli di credito.

255. — Non si è data la definizione dei titoli di credito, ma se ne sono tuttavia fissati i caratteri essenziali.

La connessione che esiste tra documento e diritto, e che costituisce il carattere fondamentale dei titoli di credito, è stata precisata nei diversi aspetti in cui si rivela: così in sede di esercizio del diritto, per cui si è espressamente affermato essere necessario e sufficiente il possesso del titolo secondo la legge di circolazione (art. 832); così in sede di circolazione, essendosi posto il principio che non è soggetto a rivendicazione il possessore di buona fede del titolo ed essendosi espressamente sancito che il trasferimento del titolo importa trasferimento anche dei diritti accessori ad esso inerenti (articoli 834 e 835); così ancora nella creazione di vincoli sul diritto, per i quali l'art. 837 commina l'inefficacia se non si attuano sul titolo. E, particolarmente considerando i titoli rappresentativi di merci, si è chiarito come il possesso del titolo non soltanto attribuisca il diritto alla riconsegna delle merci, ma altresì il possesso e il potere di disporne, mediante disposizione del titolo.

E' stato altresì chiaramente affermato il principio della autonomia della posizione del possessore del titolo di credito e, sia pure incidentalmente, il principio della letteralità, sancendo l'inopponibilità delle eccezioni che siano personali ai precedenti possessori e di quelle che non derivino dal contesto letterale del titolo (art. 833, primo comma). Tuttavia, in conformità della legge cambiaria, si è mitigata l'assolutezza di questi principii ammettendo l'opponibilità delle eccezioni personali nel caso in cui l'acquisto del titolo sia stato fatto fraudolentemente per danneggiare il debitore. E, perchè l'ipotesi tenuta presente dal legislatore fosse esattamente determinata, si è sostituita, alla formula « l'acquirente abbia agito scientemente a danno del debitore », usata nella legge cambiaria, l'altra « l'acquirente abbia intenzionalmente agito a danno del debitore »; chiarendo con ciò che, per l'opponibilità delle eccezioni, non è sufficiente la consapevolezza del danno, ma occorre l'intenzione di arrecare danno al debitore (art. 833, secondo comma).

Nel disciplinare la materia delle eccezioni si sono enunciate espressamente le diverse categorie di eccezioni opponibili a ciascun possessore, in conformità del sistema seguito dall'art. 324 del codice di commercio; e, per risolvere le discussioni attualmente esistenti in dottrina e in giurisprudenza, si è chiarito che il difetto di capacità e di rappresentanza deve stabilirsi con riferimento al momento dell'emissione, generalizzando con ciò un principio già esistente in materia di assegno bancario (art. 833, primo comma).

256. — Per i titoli al portatore, dopo averne precisato la legge di circolazione e le condizioni di legittimazione del possessore (art. 842), si è risolto il discusso problema della loro libertà di emissione (art. 843). Si è ammessa in via di principio tale libertà, ma si è posta una limitazione all'assolutezza del principio, relativamente a quei titoli che hanno per oggetto una somma di danaro; con che si è evitato il pericolo che tali titoli possano usurpare la funzione della carta moneta, la cui emissione non può essere lasciata all'arbitrio dei singoli.

I titoli al portatore sottratti o smarriti non sono suscettibili di ammortamento (art. 845); tuttavia il possessore può ottenere l'adempimento della prestazione e degli accessori al termine della prescrizione e, se si tratta di azioni al portatore, può ottenere l'autorizzazione all'esercizio dei diritti sociali anche prima del termine di prescrizione, previa, occorrendo, la prestazione di una cauzione. Si sono così estese disposizioni contenute in leggi speciali con riferimento ad ipotesi ben determinate (terremoti, inondazioni e altre gravi calamità), attenuando le conseguenze gravi dello smarrimento e della sottrazione.

257. — Le disposizioni concernenti i titoli all'ordine e i titoli nominativi riproducono quasi integralmente, con lievi variazioni di forma, rispettivamente quelle della legge cambiaria e quelle del r. d. 7 giugno 1923, n. 1364.

Per i titoli all'ordine soltanto la disposizione dell'art. 851 ha un contenuto autonomo ed anzi antitetico a quella corrispondente della legge cambiaria; e ciò perchè il principio della responsabilità del girante per l'inadempimento della prestazione da parte dell'emittente non poteva trovare applicazione per tutti i titoli all'ordine. Tale responsabilità si è mantenuta solo in quanto sia prevista dalla legge o da una specifica clausola risultante dal titolo.

Circa i titoli nominativi, soltanto per ciò che riguarda lo ammortamento si sono estese le disposizioni dettate per i titoli all'ordine, senza creare un'apposita e diversa procedura (art. 866). Si è considerata la necessità di eliminare le complicazioni che derivano dallo stabilire procedimenti diversi per le diverse categorie di titoli, soprattutto perchè, avendo mantenuto la facoltà, già prevista nella legge speciale, di trasferire il titolo per girata, sia pure con effetti limitati, doveva subordinarsi la pronuncia dell'ammortamento ad un procedimento più rigoroso, quale è appunto quello dettato per i titoli all'ordine.

70. — La gestione di affari.

258. — La gestione di un affare altrui non può essere assunta da chi è incapace di contrattare (art. 868), nè può essere assunta *prohibente domino* (art. 870, secondo comma).

Chi non è capace di contrattare non può ingerirsi nella sfera altrui, perchè a causa della sua inesperienza potrebbe danneggiare il *dominus* e quindi, per la responsabilità conseguente, pregiudicare il patrimonio proprio: l'esigenza di tutelare l'incapace non ammetteva soluzione diversa alla questione, *de iure condito* di difficile scioglimento. Non è superfluo aggiungere che, se la gestione sia stata tuttavia assunta, il il gestore può rispondere a norma degli articoli 882 e 885 (fatto illecito).

Si dà valore giuridico alla *prohibitio domini* perchè non sarebbe equo imporre ad una persona di tollerare l'invadenza altrui se la ritenesse priva di utilità nell'interesse proprio. A questa valutazione, se l'interesse è disponibile, deve uniformarsi anche l'attività altrui, per evitare sovrapposizioni di volontà. Limite inderogabile all'efficacia della *prohibitio* può essere, ed è, la contrarietà del divieto alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 870, secondo comma) che non possono essere violati nemmeno dal *dominus*. Limite ulteriore, non previsto espressamente, ma ricavabile dai principii, è l'arricchimento del *dominus*, che non può essere giusto per il solo fatto che la gestione è stata esercitata contrariamente alla volontà dell'interessato.

In via generale peraltro è da ricordare che, per l'art. 871, ogni caso che sfugge dall'ambito della gestione può rientrarvi per effetto della ratifica del *dominus*.

259. — Non è stato mai facile alla dottrina e alla giurisprudenza intendere l'avverbio « volontariamente » usato nell'articolo 1141 del codice del 1865, che qualche scrittore ha ritenuto fosse pleonastico. Certo è che, nell'enunciazione dell'art. 1141 suddetto, mancava ogni chiaro accenno all'*animus negotia aliena gerendi*, che è pure un momento caratteristico della gestione d'affari. Si è riparato alla lacuna del codice precedente sostituendo «volontariamente» con «scientemente»; avverbio che, collegato con l'estremo dell'assunzione di un affare altrui, fa intendere senza ombra di dubbio che il gestore deve sapere di trattare affari altrui, cioè di avvantaggiare, con la sua azione, il *dominus* assente.

Per far sorgere a carico del *dominus* le obbligazioni dipendenti dalla gestione, basta che l'affare sia stato utilmente iniziato (art. 870). La disposizione traduce letteralmente la formola romana dell'*utiliter coeptum*, e pone così a carico del *dominus*, anzichè del gestore, il rischio e pericolo della gestione, purchè iniziata con utilità.

Il gestore rimane però responsabile per la colpa nell'amministrazione dell'affare. Egli ha infatti gli obblighi stessi del mandatario, per quanto non sia un mandatario (art. 869, primo comma); e può reclamare il beneficio di un'attenuazione della sua responsabilità solo se ciò appaia equo, in considerazione delle circostanze che lo hanno indotto ad assumere la gestione (art. 869, secondo comma).

71. — Il pagamento dell'indebito.

260. — L'indebito oggettivo presuppone, com'è noto, la mancanza di un'obbligazione; ma se col pagamento si è voluto adempiere ad un'obbligazione naturale o ad un'obbligazione contraria al buon costume anche per parte del *solvens*, non si fa luogo a ripetizione di quanto sia stato pagato. L'irripetibilità del pagamento fatto per adempiere a un'obbligazione naturale (del concetto di obbligazione naturale si è fatto cenno in principio di questa relazione; n. 24) può farsi valere solo verso la persona capace (art. 873, primo comma): non potendo l'incapace contrarre una valida obbligazione giuridica, a maggior ragione non può rimanere obbligato a tener fermo l'adempimento di un dovere morale, sociale o per cui la legge non consente azione. L'obbligazione naturale, per dar luogo alla *soluti retentio*, deve essere stata eseguita spontaneamente, cioè senza coazione; il che, come si è rilevato a proposito del giuoco e della scommessa, non era chiaro nell'art. 1237, secondo comma, del codice del 1865, che, con espressione ambigua, richiedeva un pagamento volontario. L'irripetibilità di quanto sia stato prestato in una situazione di turpitudine reciproca o anche imputabile soltanto al *solvens* (art. 874), risponde alle finalità dell'ordinamento giuridico, che non può dare tutela a chi non ne è degno.

L'indebito soggettivo presuppone il pagamento di un debito altrui creduto proprio per errore scusabile (art. 875): non è necessaria la riconoscibilità dell'errore da parte dell'accipiente, essendo questa *in re* per il solo fatto che il *solvens* non afferma di pagare un debito altrui come terzo adempiente a senso dell'art. 10. E' esclusa la ripetizione quando il creditore si sia privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito, come era già previsto nell'art. 1146, secondo comma, cod. civ. del 1865; in questo caso il codice stesso ammetteva un'azione di regresso del solvente verso il debitore, ma si è preferito accordare una surrogazione *de iure* che dà una tutela più immediata, e si è estesa tale surrogazione ad ogni caso in cui la ripetizione, nell'indebito soggettivo, non è ammessa, e quindi anche al caso di errore inescusabile.

261. — La ripetizione, se l'accipiente è incapace, implica soltanto la restituzione dell'importo del vantaggio conseguito (art. 878); in ogni altro caso comprende l'importo già pagato, i frutti e gli interessi (art. 872 e 875). Non si fa differenza tra indebito oggettivo e indebito soggettivo; ma si distingue, quanto ai frutti e agli interessi, tra il caso di malafede dell'accipiente e il caso di sua buona fede. L'accipiente di mala fede deve frutti e interessi dal giorno del pagamento, l'accipiente di buona fede li deve dal giorno della domanda (art. 872 e 875, secondo comma).

Se oggetto del pagamento indebito è stata una cosa determinata e questa perisce o è deteriorata, l'accipiente di buona fede risponde soltanto nei limiti dell'arricchimento (art. 876, terzo comma); l'accipiente di mala fede deve invece corrispondere il valore della cosa nel caso in cui essa sia perita, mentre, nel caso in cui sia semplicemente deteriorata, il *solvens* ha la scelta di chiedere o l'equivalente o la cosa stessa e una indennità per la diminuzione del valore (art. 876, secondo comma). Nell'ipotesi in cui la cosa ricevuta è stata alienata, l'accipiente non è mai tenuto a ricuperarla: se l'ha ricevuta di buona fede e di buona fede l'ha venduta, il *solvens* ha diritto soltanto al corrispettivo dell'alienazione (art. 877, primo comma); se invece l'ha ricevuta di mala fede o di mala fede l'ha venduta, l'accipiente ha la scelta, o di farne restituzione in natura ricuperandola dall'acquirente, o di corrisponderne il valore, ma il *solvens* può pretendere il corrispettivo (art. 877, secondo comma). Si noti che il codice abrogato, nei casi in cui il solvente aveva diritto al corrispettivo dell'alienazione e questo non era stato ancora pagato dall'acquirente all'accipiente, obbligava quest'ultimo a cedere al solvente l'azione che potesse spettargli verso l'acquirente; per lo stesso scopo di tutela immediata del *solvens* al quale si è accennato a proposito dell'art. 875, il nuovo codice, nelle ipotesi su ricordate, surroga di diritto il solvente nell'azione che potesse

spettare all'accipiente per conseguire il corrispettivo dell'alienazione ancora dovuto dall'acquirente (art. 877). Questa è l'azione che nel caso di alienazione a titolo oneroso è accordata al *solvens* verso il terzo; nel caso di alienazione a titolo gratuito, al *solvens* spetta invece un'azione di arricchimento contro il terzo, che però, se l'accipiente è stato di mala fede, potrà proporsi solo dopo l'inutile escussione di lui (art. 877).

72. — L'arricchimento senza causa.

262. — Una larghissima corrente di dottrina e di giurisprudenza si è già orientata, *de iure condito*, verso il riconoscimento di un'azione generale di arricchimento diretta ad ovviare all'indebita locupletazione nei casi in cui non sia possibile impedirla con l'esperimento di azioni particolari, della stessa (articoli 20, 282, 609, 876, terzo comma, 877, ecc.) o di diversa natura.

Il codice nuovo ha accolto questo indirizzo, corrispondente agli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare, specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà. Questo spirito non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice. Il *suum cuique tribuere*, principio etico assunto nella sfera del diritto, impedisce di mantenere l'ingiusto aumento patrimoniale, perchè, se esso venisse tutelato, si attribuirebbe ad un soggetto un vantaggio che spetta invece ad altri, e correlativamente quest'ultimo verrebbe assoggettato a un'ingiusta perdita.

Il codice fissa all'azione di arricchimento l'estremo di un aumento patrimoniale conseguito senza giusto fondamento, e correlativo a una diminuzione sofferta da terzi (art. 880, primo comma). Non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato; ma la pratica e la dottrina potrà soccorrervi, ricercando se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo, abbia causa nella liberalità, o sia legittimato da una precisa disposizione della legge. Sarà ingiusto il trasferimento, se l'indagine suddetta risulterà negativa.

Conseguenza sarà allora l'obbligo dell'arricchito di prestare un'indennità a colui che ha subito la diminuzione patrimoniale. Se la diminuzione patrimoniale consiste nella perdita di una cosa determinata, s'impone all'arricchito il dovere di restituirla in natura (art. 880, secondo comma) o, qualora l'abbia successivamente alienata, di ricuperarla dall'acquirente.

Dalla dottrina e dalla giurisprudenza favorevole all'azione di arricchimento è stato acquisito il principio secondo cui essa è proponibile solo in via sussidiaria, nel caso cioè in cui il danneggiato, esercitando altra azione, non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito (art. 881). E' ovvio infatti, che, là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto, ossia del pregiudizio, altrimenti evitabile.

73. — I fatti illeciti.

263. — Sotto questa rubrica si comprendono quei fatti produttivi di danno che il codice civile del 1865, denominava delitti e quasi delitti; ossia quei comportamenti e quelle situazioni dell'uomo, rispetto ad altre persone o a cose, contrastanti col principio generale che impone ai singoli, nello svolgimento della loro attività, di non cagionare danni agli altri. E' sembrata più esatta la denominazione di « fatti illeciti », anzichè quella di « atti illeciti », perchè in altra parte del presente libro (articoli 154 e 164), con la voce « atti » si sono designati i negozi giuridici.

264. — Fonte di responsabilità può essere il comportamento della persona (fatto proprio), ovvero una determinata relazione con l'autore del fatto o con la cosa (animata o inanimata) da cui il danno è derivato.

La responsabilità per fatto proprio si fonda sulla colpa; quella per fatto di altre persone si fonda o sulla colpa propria e altrui (art. 887) ovvero, trattandosi di persone che operano nella sfera giuridica del soggetto responsabile (art. 888), soltanto sulla colpa altrui.

La responsabilità inerente alla relazione del soggetto con cose o animali (articoli 890 e 981) riceve particolare disciplina. Non preme tanto di esporre le varie giustificazioni che essa può avere, per scegliere quella che sembri meglio persuasiva, quanto di rilevare che in essa non può ritenersi operante il principio della pura causalità. Infatti, anche quella dottrina che, nel caso di danno da cose o animali, riteneva di poter parlare di responsabilità obiettiva, ammetteva la prova liberatoria del caso fortuito, ossia di una causa non imputabile, e comprendeva nel caso fortuito il fatto di un terzo del quale non si debba rispondere e la colpa dello stesso danneggiato.

Quale danno cagionato dalla cosa deve considerarsi quello prodotto dall'incendio che si è in essa sviluppato. La responsabilità del custode pertanto deve essere in tale caso regolata dall'art. 890, sempre che, naturalmente, tra custode e danneggiato non vi sia un rapporto contrattuale; se tal rapporto vi sia si osservano le norme degli articoli 427, primo comma, e 450. L'onere della prova liberatoria incombe sul detentore della cosa, ed ha per contenuto l'identificazione della causa non imputabile dell'incendio, in modo che la causa ignota rimane a carico del detentore medesimo. L'esempio di una legislazione straniera (legge francese 17 novembre 1922), che addossava al terzo danneggiato l'onere di provare la colpa del detentore della cosa, criticato da autorevoli giuristi dello stesso paese, non era da seguire e non è stato seguito. Nessuna ragione vi era per non considerare sullo stesso piano, quale danno prodotto dalle cose in custodia, quello manifestatosi attraverso un incendio e quello prodotto da esplosioni, emanazioni nocive, scolo di liquidi corrosivi, ecc. La durezza di tale situazione fatta al detentore può essere corretta mercè contratti di assicurazione.

Nel nuovo codice si è tenuta presente l'unità del criterio misuratore della colpa, sia contrattuale che extracontrattuale. Per entrambe si ha riguardo al comportamento dell'uomo di media o normale diligenza e cioè del buon padre di famiglia che va adeguato, come si è già detto (n. 25), alla natura del rapporto cui si ricollega il dovere di condotta.

Quanto all'onere della prova circa la colpa, nel caso di responsabilità per fatto proprio (art. 882) si è mantenuto fermo, di regola, il principio tradizionale secondo il quale esso incombe sul danneggiato. Talora, con riferimento a casi particolari il principio suddetto pone difficoltà al danneggiato; ma il giudice può ovviarvi utilizzando al massimo presunzioni semplici e regole di comune esperienza. In modo che non appariva necessario seguire la tendenza innovatrice di coloro che avrebbero preferito fondare la disciplina dei fatti illeciti sullo spostamento dell'onere della prova, dal danneggiato che afferma la colpa al danneggiante che la nega.

Questo spostamento talora è però necessario: fu consacrato nel codice abrogato per talune responsabilità indirette (articoli 1153, secondo, terzo, quinto e sesto comma, corrispondenti all'art. 887 del libro delle obbligazioni), e tale norma è stata

estesa ad altri casi: chi è obbligato a sorvegliare un incapace, per quanto tenuto ai danni da quello prodotti sulla base di una responsabilità diretta, deve dare la prova liberatoria (art. 886, primo comma).

265. — Ma la vera innovazione sta nel trattamento delle attività pericolose (art. 889).

Il principio consacrato nell'art. 120 del testo unico delle disposizioni per tutela delle strade e per la circolazione 8 dicembre 1933, n. 1740, riprodotto nell'art. 893 del quale si dirà tra poco, è stato esteso a tutte le attività che possono creare pericolo per i terzi. Sulla materia non si è creduto di adottare alcuna delle soluzioni estreme: nè quella che annetterebbe a tali attività una responsabilità oggettiva, nè quella che vi ricollegherebbe l'ordinaria responsabilità per colpa. Si è adottata invece una soluzione intermedia per la quale, sempre mantenendo la colpa a base della responsabilità, non solo si è posta a carico del danneggiante la prova liberatoria, ma si è ampliato il contenuto del dovere di diligenza che è posto a suo carico.

Nell'esercizio di un'attività pericolosa, la prevedibilità del danno è in *re ipsa* e il soggetto deve agire tenendo conto del pericolo per i terzi. Fu osservato esattamente che gli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbero in tal caso insufficienti perchè, dove la pericolosità è insita nell azione, vi è il dovere di operare tenendo conto del pericolo. Il soggetto dunque deve adottare, anche a prezzo di sacrifici, tutte le misure atte ad evitare il danno. Come si è già osservato (n. 37), il dovere di evitare il danno diviene più rigoroso perchè egli opera con la netta previsione della possibilità di esso. Quali debbano essere tali misure, diranno le particolari discipline, tecniche o legislative, delle singole attività, o le regole della comune esperienza; certo è che le lesioni evitabili debbono essere risarcite.

Soltanto per le lesioni assolutamente inevitabili è esclusa la responsabilità, la quale peraltro non vi potrebbe essere, nella particolare ipotesi, se non adottando il principio della pura causalità: questo principio non si è accolto perchè ritenuto ingiusto, antisociale e antieconomico, e tale da scoraggiare attività e iniziative feconde.

266. — Dettata nell'art. 889 la regola generale sopra esposta, di essa si fa applicazione nell'art. 893, ove si regola la responsabilità per la circolazione dei veicoli, già disciplinata nell'art. 120 del codice della strada.

Quest'ultimo articolo si è accolto nel codice senza mutamenti sostanziali; si è fatta solo qualche precisazione di cui si era avvertita la necessità nella pratica applicazione della norma. Si è chiarito cioè che, se vi è usufruttuario o acquirente con patto di riservato dominio, la responsabilità ricade sull'uno o sull'altro, e non rispettivamente sul nudo proprietario o sull'alienante. Anche tale responsabilità, come quella proprietario, viene meno se la circolazione del veicolo ha avuto luogo contro la volontà delle suddette persone, qualora, beninteso, la circolazione stessa non debba essere loro imputata per altro titolo di responsabilità. Nel terzo comma dell'art. 893 si è fatta salvezza per la responsabilità prevista nell'art. 888, essendosi avuto riguardo alla ipotesi che ricorre più di frequente; ma il limitato richiamo non esclude la rilevanza di altri titoli di responsabilità, come sarebbe la negligente custodia del veicolo (art. 882) e il dovere di sorveglianza sulle persone che hanno attuato la circolazione non voluta (art. 887).

Nel secondo comma dell'art. 893 si è regolata la responsabilità nel caso, maggiormente frequente, di scontro tra veicoli. La disciplina accolta si è ispirata alla prevalente giurisprudenza della Corte suprema di cassazione ed è coerente con i criteri posti dall'art. 57, primo comma, là dove si regola il concorso di colpa del danneggiante e del danneggiato. Nel caso di scontro di veicoli, il concorso delle colpe contrapposte è presunto; rimane quindi ferma la presunzione che grava su ciascun conducente, essendosi ritenuto di non adottare l'opinione secondo la quale, nell'ipotesi considerata, le reciproche presunzioni si eliderebbero, per lasciar posto all'accertamento della responsabilità di ciascuno secondo i criteri ordinari. Ma il concorso delle due colpe non porta neppure ad addossare a ciascun conducente l'intera responsabilità del danno cagionato all'altro veicolo, perchè il danno stesso è la conseguenza di una colpa presunta, comune ad entrambi i conducenti. E allora si applica il principio consacrato nell'art. 57, primo comma: i conducenti, considerati coautori del danno risentito da ciascun veicolo, ne rispondono in proporzione della gravità della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Accertato il debito rispettivo dei conducenti, si può far luogo alla compensazione; se poi, come avviene nella generalità dei casi, non sia possibile stabilire la proporzione tra le colpe concorrenti e tra la diversa entità dell'efficacia causale, il danno subito da ciascun veicolo sarà risarcito in parti eguali dal suo conducente e dall'altro.

267. — Perchè il fatto colposo o doloso sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un ingiusto danno. Si precisa così, conferendo maggior chiarezza alla norma dell'art. 1151 cod. civ. del 1865, che la *culpa* e l'*iniuria* sono concetti distinti; e quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità, debba essere doloso o colposo, ossia imputabile, e debba inoltre essere compiuto mediante la lesione della sfera giuridica altrui. Non vi sarà responsabilità quando il danno è arrecato in situazione di legittima difesa perchè, chi agisce ha in tal caso il potere di difendere il proprio diritto a costo di recar danno a chi lo aggredisce; il danno arrecato in tal caso non può qualificarsi ingiusto (art. 883).

Non si è creduto di regolare espressamente l'ipotesi del danno arrecato ad altri nell'esercizio del proprio diritto mediante abuso. Infatti, che sia illecito l'esercizio di un diritto, mosso dallo scopo esclusivo di nuocere o recare molestia ad altri, si ricava dall'art. 24 del libro della proprietà. Che sia anche illecito l'esercizio del diritto in senso antisociale e non conforme allo spirito di solidarietà corporativa, si trae anche dalla disposizione dell'art. 5 del presente libro, ove è imposto al titolare di un diritto di credito di esercitare il diritto stesso secondo le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa; il che implica, come si è già rilevato (n. 18), che pure nell'esercizio di un diritto, come nella sopportazione del suo esercizio da parte di altri, si devono tenere in considerazione l'interesse altrui e quelli superiori della collettività.

268. — Nell'art. 884 si disciplina la responsabilità di chi arreca danno per la necessità della salvezza, non di una cosa, ma di una persona in pericolo.

A rigore, per quanto non vi sia stato eccesso e si sia rispettata la proporzione tra pericolo e danno, il fatto compiuto in situazione di necessità è imputabile perchè cosciente e volontario; da ciò deriverebbe la conseguenza che il danno deve essere risarcito secondo i criteri ordinari. Ma per riguardo alle particolarità del caso, mentre la legge penale dichiara non punibile l'autore (art. 54 cod. pen.), quella civile san-

cisce soltanto una attenuazione di responsabilità, nel senso che il risarcimento non debba necessariamente essere, come di regola, integrale (art. 895), ma deve essere detrminato dal giudice secondo equità.

269. — Sul danno prodotto da persona incapace di intendere o di volere, dispone l'art. 886.

In linea di principio l'incosciente, se immune da colpa anche nel porre la causa dell'incoscienza, non può essere ritenuto responsabile del danno, perchè di questo non è, come richiedesi, la causa cosciente. Quando vi è un custode dell'incosciente, colpevole di omessa vigilanza, egli solo sarà responsabile del danno, e per fatto proprio (art. 886, primo comma). Ma se manca il responsabile, o se comunque il danno rimanga non risarcito, non è sembrato equo, per le ragioni in precedenza esposte (n. 15), che il fatto dell'incosciente, dovesse ricadere sempre sul danneggiato. Da ciò la disposizione, della quale si è pur fatto cenno, per cui il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può attribuire al danneggiato, se non il risarcimento, almeno un'equa indennità (art. 886, secondo comma).

270. — Circa la responsabilità solidale tra i coautori del fatto dannoso, l'art. 894 riproduce le disposizioni dell'art. 1156 del codice civile e dell'art. 187, secondo comma, del codice penale. Poichè aveva formato oggetto di qualche dubbio, si afferma il diritto di regresso contro i coautori, di colui che ha risarcito il danno.

Come per le altre obbligazioni in solido, la solidarietà non opera nei rapporti tra i coobbligati e l'avente diritto al regresso (articolo 129); ciascuno risponde della sua parte di debito, che è determinata dal grado di partecipazione al risultato.

271. — L'art. 895 regola la valutazione dei danni con gli stessi criteri stabiliti per quelli derivanti dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente. Il mancato richiamo dell'articolo 55 crea però una differenza, ed è questa: se l'inadempimento è colposo, non debbono essere risarciti i danni non prevedibili; invece, se il fatto illecito extra contrattuale è doloso o colposo, il danno, prevedibile o no, deve essere risarcito per intero, sempre che tra fatto e danno corra il nesso di causalità. Non si è accolto così il principio di commisurare il risarcimento al grado della colpa.

Non si è ritenuto necessario dichiarare che sulle somme dovute a titolo di risarcimento decorrono gli interessi dalla data del fatto illecito, anche prima della loro liquidazione, perchè tale decorrenza è legittimata dal principio che gli interessi concorrono a completare il risarcimento dovuto.

Si è lasciata alla dottrina e alla giurisprudenza la determinazione del momento a cui devesi aver riguardo per la stima del danno; tale determinazione si deduce dal principio acquisito che si deve risarcire il danno certo, presente o futuro, e che le sopravvenienze sono rilevanti solo se integrano una causa di danno non considerata neppure genericamente nel primo accertamento, salve le disposizioni particolari, come in materia di infortuni sul lavoro.

272. — Al pari del creditore nelle obbligazioni *ex contractu*, il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzi tutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore: questa norma è consacrata nel primo comma dell'art. 897.

Peraltro, in omaggio al principio immanente di solidarietà, che impone in ogni campo la considerazione corporativa degli interessi delle parti in conflitto e di quelli preminenti della collettività (n. 15), si è stabilito nel secondo comma che il giudice possa, alla reintegrazione in forma specifica, sostituire il risarcimento per equivalente economico, se la prima sia eccessivamente onerosa per il debitore o, s'intende, sia contraria alle esigenze dell'economia nazionale.

Al dovere primario di riparare in natura il danno illecitamente cagionato si può collegare anche il disposto dell'art. 896, secondo il quale al danno permanente che consiste nella soppressione o nella menomazione di attività del soggetto destinata presumibilmente a procacciargli i mezzi di sussistenza, può farsi corrispondere l'assegnazione di una rendita vitalizia: questa norma fa meglio aderire la misura del risarcimento alla natura e alla durata del danno, che nei casi suddetti è continuativo.

273. — Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia circa la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensabilità che l'art. 185 del codice penale pone soltanti per i reati.

La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Mi sono perciò limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite (art. 898).

SIRE,

La disciplina delle obbligazioni, pur tenendo conto delle nuove direttive politiche ed economiche, non si è distaccata dalle frontiere del diritto romano, che sono anche quelle del nostro diritto nazionale.

Preparato con ferma certezza nella vittoria finale, nel tempo eroico di una guerra che spezzerà le catene del servaggio economico per dare al popolo italiano l'indipendenza del suo lavoro, questo libro del codice civile contribuirà al consolidamento dell'avvenire radioso che sui campi di battaglia creano la passione e il sacrificio della gioventù combattente.

CompiaceteVi, Maestà, di onorare quest'opera di fede con la Vostra ambita approvazione.

Addì, 30 gennaio 1941-XIX

GRANDI

LONGO LUIGI VITTORIO, *direttore* — GIOLITTI GIUSEPPE, *direttore agg.* SANTI RAFFAELE, *gerente*

(5153178) Roma — Istituto Poligrafico dello Stato — G. C.